This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

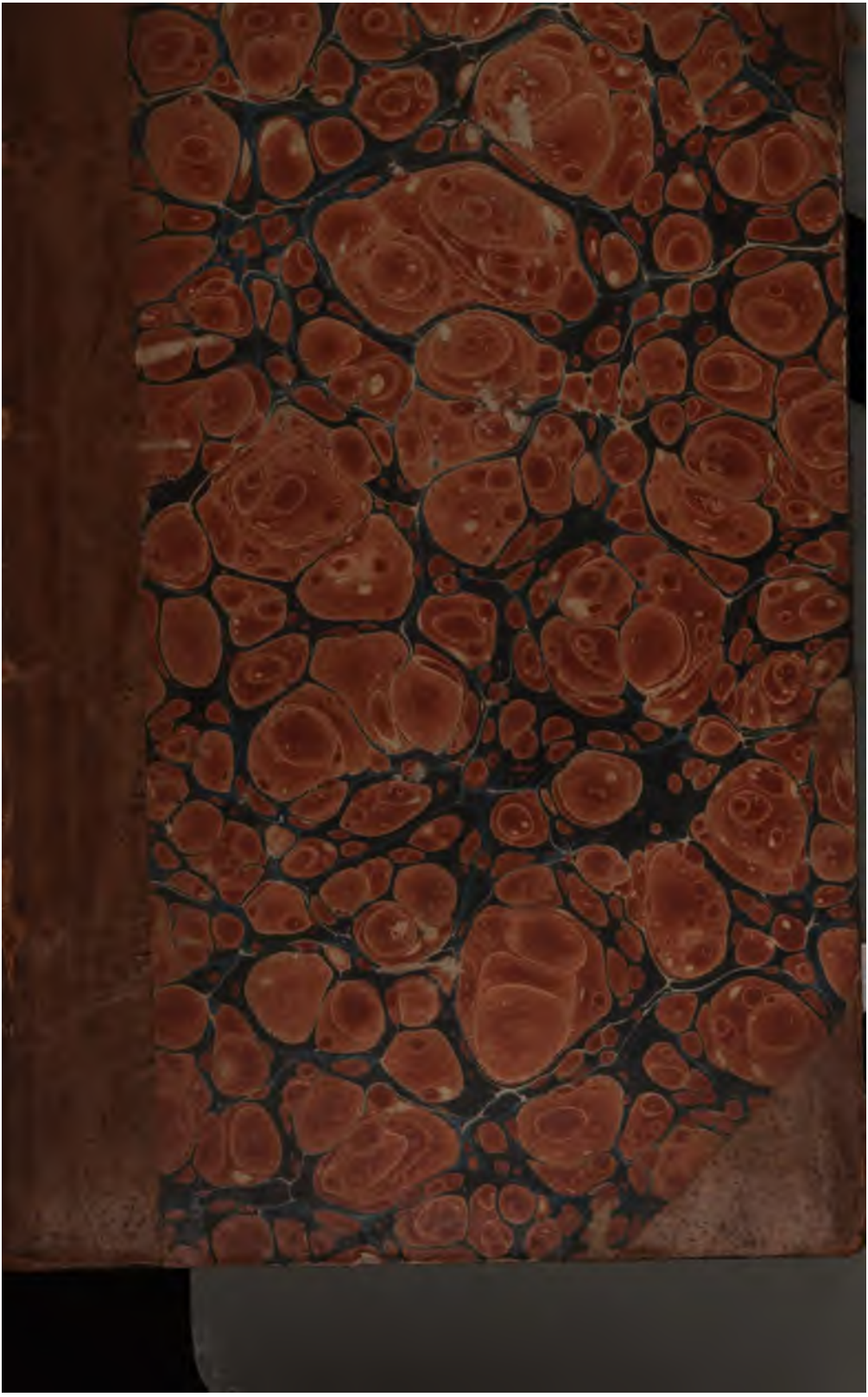
Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`



600006164N

30.
634.

DE LA CODIFICATION

EN GÉNÉRAL,

ET

DE CELLE DE L'ANGLETERRE

EN PARTICULIER.

DE L'IMPRIMERIE DE C. A. SPIN.

1830

DE LA CODIFICATION

EN GÉNÉRAL,

ET

DE CELLE DE L'ANGLETERRE

EN PARTICULIER

EN

UNE SÉRIE DE LETTRES ADRESSÉES

à Mr. C. P. Cooper

AVOCAT ANGLAIS,

PAR

J. D. MEIJER.

Chevalier de l'ordre Royal du Lion Belgique, membre de l'Institut des Païs-Bas et de l'Académie royale des sciences et belles lettres de Bruxelles, membre honoraire de l'Académie royale des sciences et belles lettres de Batavia, correspondant de la société royale des antiquités et belles lettres de Londres, des Académies royales des sciences et belles-lettres de Goettingue et de Turin, de l'Académie du Gard à Nismes, et d'autres sociétés savantes.

Fremant omnes licet, dicam quod sentio. Bibliothecas meherculè omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare.

CICERO, *De Oratore.*

AMSTERDAM ET LONDRES,
DIEDERICHS FRÈRES ET LONGMAN & Co.,
ÉDITEURS.
1830.

634.

DE L'IMPRIMERIE DE C. A. SPIN.

PRÉFACE.

En donnant au public les lettres suivantes, je n'ai cédé qu'à une impulsion naturelle; je dirais presque à un besoin. J'avais donné un ouvrage dont l'objet était d'examiner en théorie, et dans la pratique que nous enseigne l'histoire, les institutions judiciaires des principaux païs de l'Europe: j'ose regarder cet ouvrage comme élémentaire; les lettres que je publie en ce moment n'en sont qu'un corollaire. Quelque vaste qu'en soit le sujet, j'ai pu être concis, en renvoyant pour de plus amples renseignemens et pour le développement de mes idées à ce premier ouvrage.

L'Angleterre se trouve dans un moment de crise

quant à sa législation. Après s'être écartée du reste de l'Europe, et s'être frayé une route séparée pendant près de dix siècles, elle paraissait également éloignée du mouvement qui porte l'Europe vers des législations nouvelles, positives et expressément sanctionnées. Les coutumes, les jurisprudences coutumières tendent vers leur déclin sur le continent, et avec la seule modification du plus au moins, toutes les nations veulent connaître l'état de leurs législations; toutes ont secoué le joug de l'habitude, et désirent être régies par des lois expresses, dont on puisse connaître la tendance et l'esprit, dont on sache fixer l'étendue, et qui ne soient pas cachées aux yeux du vulgaire. L'Angleterre même, qui naguère s'enorgueillissait de n'obéir qu'à des traditions, dont l'origine remonte à des époques reculées, à des siècles oubliés, n'est pas restée en arrière; elle a suivi l'impulsion générale: elle s'impatiente de son état stationnaire, et les pensées des jurisconsultes, des savans, des publicistes se sont élancées vers le même but: des membres éclairés du Gouvernement ont tenté des essais; l'opinion

publique est ébranlée; tous les signes précurseurs d'une réforme dans les lois se font appercevoir, et donnent lieu de supposer que cette réforme est plus prochaine qu'on ne le pense généralement.

L'Anglais, patriote par excellence, et enthousiaste de tout ce qui tient à son païs, était de tout tems fier de sa législation dont il n'appercevait et ne voulait pas appercevoir les défauts; et depuis le Parlement de Merton, tenu en la vingtième année du règne de Henri III (1204), lorsque, comme le porte le statut, » *Omnes Comites et Barones unâ voce* » *responderunt, quod nolunt leges Angliæ mutari;*" depuis le chancelier *Fortescue*, qui écrivit » *de lau-* » *dibus legum Angliæ*," jusqu'au célèbre *Blackstone* qui publia des commentaires sur les lois Anglaises, tous les auteurs s'accordaient à en célébrer les louanges. Il y a quelque tems que des jurisconsultes Anglais ont commencé à remarquer que la jurisprudence et la marche de la justice en Angleterre n'étaient pas exemtes de blâme; ils ont fixé leurs regards sur ce qui se passait en d'autres païs, et probablement les réformes judiciaires introduites en

Ecosse (1) ont contribué à dessiller les yeux des Anglais. Ces plaintes sont devenues de plus en plus fréquentes, on a même été jusqu'à penser sérieusement à des réformes. Un ministre éclairé (Mr. *Peel*) a essayé quelques réformes partielles, consistant en grande partie dans des consolidations, des abrègemens et des réunions des dispositions éparses dans les statuts : de grands jurisconsultes, membres du Parlement, (feu Sir *Samuel Romilly*, Sir *James Mackintosh*, Mrs. *Brougham*, *Onslow*, *M. A.*

(1) L'Angleterre est dans une position bien différente, et ce n'est que de ce royaume que je me suis occupé. Je dois à l'attention aimable de *Lord Alloway*, l'un des juges de la cour supérieure d'Edimbourg, la connaissance de la procédure écossaise, telle qu'elle a été réglée jusqu'en 1826. Cette procédure, différente de toutes celles que j'ai rencontrées ailleurs, assez compliquée dans ses formes, paraît cependant très complète, et moins longue que celles de plusieurs autres païs. Ce qui m'a le plus frappé, c'est la supposition que les annonces dans le journal judiciaire d'Edimbourg (*minute-Book*) parviennent à la connaissance de tous les intéressés, et peuvent ainsi suppléer à une assignation spéciale. Ceci une fois admis, il faut avouer que les procédures connues sous le nom de *multiple-poinding*, avec les incidens du *riding-interest* sont extrêmement ingénieuses; qu'elles doivent éviter beaucoup de procédures et de longueurs, et qu'elles sont très favorables à la conservation des droits de tous les intéressés.

Taylor, et autres) ont appuyé ces essais, ont élevé leurs vues plus haut, et ont tenté de faire adopter l'idée d'une législation nouvelle, soit en travaillant eux-mêmes à cette tâche glorieuse et difficile, soit en fixant l'attention du Parlement sur la nécessité des réformes, et sur ces réformes mêmes (1); des comités d'enquêtes ont été nommés, leurs rapports ont fait de vives impressions, et plusieurs ont amené des améliorations considérables. Enfin, un génie transcendant, un penseur profond (*Bentham*), après avoir été consulté par des gouvernemens étrangers, après avoir travaillé sur les législations possibles dans d'autres païs, a fixé ses regards scrutateurs sur les lois de son païs, et a proclamé la nécessité d'une codification, et indiqué des moyens d'y parvenir (2).

D'autres auteurs ont combattu en totalité ou en partie ces idées: Mr. *Cooper*, dont l'ouvrage m'a donné la première idée de la publication actuelle,

(1) Voir entr'autres le fameux discours de Mr. *Brougham* à la séance de la Chambre des Communes du 7 Février 1828.

(2) Son ouvrage est connu en anglais sous le titre de *Papers on codification*. Mr. *Dumont* l'a publié en Français, sous ce titre *sur la Codification*.

M. M. Reddie et *Humphries* (1), ont écrit contre le projet d'une nouvelle législation positive et écrite en Angleterre. Les journaux se sont emparés de cette question (2), et l'on peut dire qu'elle est actuellement un des sujets les plus intéressans sur lesquels se partagent les opinions en Angleterre.

Quoique étranger à la Grande Bretagne, je n'ai pu demeurer spectateur tranquille et oisif de cette lutte si intéressante: je tiens trop à l'étude de la jurisprudence et de la législation, pour rester neutre; je ne suis pas assez exclusif pour ne m'intéresser qu'au bien-être d'un seul païs, et j'ai assez de confiance en mes idées, pour me flatter qu'elles pourraient être de quelque utilité; quand ce ne serait que pour exciter et stimuler l'activité de ceux qui me sont de beaucoup supérieurs en talent et

(1) Mr. *Humphries* m'a fait l'honneur, lors de son passage en ce païs de venir me voir, et de me remettre une lettre de Sir *James Mackintosh* qui veut bien m'honorer de son amitié. Gravement indisposé à cette époque, je regrette bien sincèrement n'avoir pu profiter de la conversation de Mr. *Humphries*, ni lui être de quelque utilité.

(2) Voyez à ce sujet *The Jurist.*

en connaissances. Ma qualité d'étranger ne m'a pas retenu; et si je ne partage pas l'opinion de *Bentham*, que celui qu'on charge de préparer une législation nouvelle pour un païs, *doit* être étranger à ce païs (1), cependant j'ai cru que mes efforts ne seraient pas mal interprétés, et que le gouvernement Anglais est trop fort, la nation trop grande, les jurisconsultes et les publicistes de l'Angleterre trop au-dessus des préjugés, pour rejeter ce que je pourrais avancer de vrai et d'utile, parcequ'un étranger en serait l'auteur. C'est ce qui m'a décidé à publier ces lettres; puissent-elles répondre au but que je me propose; puissent-elles contribuer au bonheur d'une nation, à laquelle je n'appartiens que par l'estime que ses grandes qualités et son Gouvernement franchement Constitutionnel inspirent; puissent-elles servir à une législation qui ne sera étrangère à aucun amateur de la science, et je serai assez récompensé de mon travail!

A peine avais-je conçu cette idée, que j'ai vu s'élever contre l'opinion que je professe, le sistême

(1) *De la Codification*, pag. 404.

de ce qu'on appelle en Allemagne *l'école historique de la jurisprudence;* sistême qui rejette l'utilité et même la possibilité de toute législation écrite et positivement sanctionnée, du moins dans l'état actuel de la science du droit en Europe. Il fallait combattre ce sistême, d'autant plus que les écrits des *Cooper*, des *Reddie*, des *Humphries*, les analises du *Jurist*, décèlent son influence, plus pernicieuse encore pour l'Angleterre, parcequ'il est basé sur une notion, que je crois entièrement fausse, du droit Romain, lequel droit étant moins connu dans ce royaume, où il ne fait pas partie des études, cette conséquence a pu être adoptée et suivie sur parole.

J'ai dû, avant de pouvoir établir ce que j'avais à dire sur la codification en Angleterre, combattre la théorie de Mr. *de Savigny*. Si mon ouvrage tombe entre les mains de ce savant distingué, il y verra, avec cette bienveillance qui caractérise sa supériorité, que si je suis opposé à sa doctrine, je sais rendre justice à ses talens éminens. Lorsque ses disciples critiqueront mes argumens et ma théorie opposée à celle du maître, je désire qu'on juge le

fond de la question, et non le mérite des auteurs: je n'ai pas la prétention de rivaliser de talent avec Mr. *de Savigny*, bien moins de le surpasser. Mon sistême d'ailleurs n'est pas nouveau; s'il n'a pas été, que je sache, développé avec une égale étendue et sous autant de différens points de vue, c'est que jamais il n'avait été attaqué, et que les anciens interprêtes, glosateurs et commentateurs du droit Romain, les auteurs les plus récens de l'école dogmatique, n'avaient pas contr'eux une autorité aussi imposante que celle de Mr. *de Savigny*, ni une doctrine établie avec autant de finesse d'argumentation et des connaissances aussi profondes.

La réfutation de l'école historique, et de son dogme qui récuse l'utilité d'un code écrit, qui en nie la possibilité dans l'époque actuelle, était entièrement étrangère à l'ouvrage élémentaire, dont les lettres que je publie aujourd'hui sont le corollaire. J'ai cru ne pas pouvoir passer légèrement sur cette discussion importante. Peut-être cette partie de cet ouvrage paraîtra encore courte et trop

peu soignée à des lecteurs Allemands, tandis qu'elle sera trop longue aux yeux de mes lecteurs Anglais, qui se donneront la peine de suivre mes raisonnemens: seulement, ils voudront bien ne pas oublier que le droit Romain étant plus étranger en Angleterre que sur le continent, je n'ai pu me dispenser de donner un peu d'étendue à des développemens, dont l'objet peut être moins familier à plusieurs des jurisconsultes pour lesquels j'ai écrit: cette discussion pourra enfin également être regardée comme intéressante pour des lecteurs Français, à raison des efforts qu'on fait en ce moment, pour introduire les théories Allemandes en France.

Le motif contraire m'a fait étendre la description des usages Anglais moins connus sur le continent; et j'ai été obligé de dire, sur la loi commune (*Common law*), sur la différence des cours de loi et d'Equité, ce qui est connu de tout Anglais, afin que cette partie de mon ouvrage ne parut pas trop étrange aux jurisconsultes du continent. Cette dernière partie est celle, où j'aurai le plus fréquemment recours à mon ouvrage élémen-

taire; le lecteur voudra bien s'en rappeler le motif.

Je n'ai écrit dans le sens d'aucun parti: je ne suis partisan que de ce que j'estime en conscience vrai et utile; j'ai travaillé, j'ose le dire, *sine irâ et studio*, mais j'ai parlé avec franchise sans rien déguiser de ce que je sais. J'ai souvent blâmé ce qui se passe dans ma patrie; les auteurs Anglais avaient allégué l'exemple du Royaume des Païs-Bas; je n'ai pu me dispenser d'en parler: et c'est bien à regret, si je n'ai pu dissimuler mon opinion sur ce qui tient aux nouvelles lois Belgiques. Enfin je n'ai pas caché que, comme jurisconsulte, je ne fais cas que des dispositions effectives, obligatoires et sanctionnées; que je n'attache aucun prix à des raisonnemens, à des sistêmes de philosophie, vagues et souvent creux. C'est dans ces sentimens que j'ai cru pouvoir prendre pour devise de ce petit ouvrage les paroles de CICERON *de oratore* Lib. 1. Cap. 44. En disant mon opinion, je ne crains ni le blâme, ni la censure: je recevrai avec plaisir les remontrances et les solutions; je me rendrai à

celles qui pourraient me convaincre, je m'élève au-dessus des autres. Je n'aspire qu'à être utile; à ce titre, je défends le sistême de la codification, et je m'estimerai heureux de coopérer à le faire adopter, réussir et triompher de tous ses adversaires.

Première Lettre.

Sans avoir l'honneur de votre connaissance personnelle vous avez bien voulu m'adresser un exemplaire de vos lettres sur la Chancellerie Anglaise et quelques points de sa jurisprudence et de votre *brief account of the proceedings in Parliament respecting the defects of the proceedings in Chancery;* dans votre envoi vous le motivez sur l'instruction que vous auriez puisée dans des ouvrages que j'ai publiés; veuillez me permettre de vous témoigner ma reconnaissance de cette attention délicate et de cette flatterie peu méritée, et de vous donner en même tems une preuve incontestable de cette reconnaissance en vous soumettant quelques idées, qui m'ont été suggerées en grande partie par la lecture de ces ouvrages. Je ne me dissimule pas qu'étranger à l'Angleterre, comme aux lois, aux usages, à l'administration de la justice de ce Royaume, le sujet que vous avez traité n'est pas de ma compétence; cependant m'étant occupé des principales institutions judiciaires de votre pays, ayant obtenu même

à cet égard l'approbation des critiques Anglais (1), ayant toujours eu en vue l'amélioration de la législation en général, j'ose espérer que mes idées pourront être de quelque intérêt, même aux yeux du barreau de votre pays et de ceux qui s'occupent des réformes nécessaires et urgentes de votre législation. Je suis de plus loin de partager toutes les opinions que vous avez émises ou adoptées, et si vous vous donnez la peine de suivre notre correspondance vous verrez que sur le point le plus important du résultat de vos méditations, je me trouve en opposition directe avec vos idées: mais guidés, comme j'ai tout lieu de nous supposer, par le même motif, celui de rechercher la vérité et d'être utiles à nos contemporains et à la postérité, je suis persuadé que cette divergence d'opinions ne mettra aucun obstacle à la communication de nos idées, et ne nuira point à l'es-

(1) Après avoir écrit cette lettre je reçois l'ouvrage de Mr. de Montvéran sur la jurisprudence Anglaise sur les crimes politiques, Paris et Londres 1829, 3 vol. 8o. et je m'apperçois qu'il a fait précéder cet ouvrage d'une introduction sur l'esprit et l'origine des institutions Anglaises, dans laquelle il ne s'est donné la peine que de copier litéralement mon ouvrage sans en faire mention. Ce plagiat est tellement évident que l'auteur a allegué la signification d'un mot en langue Allemande et Hollandaise, et comme il les ignore toutes deux il n'est pas étonnant qu'il ne se soit pas apperçu qu'il a mal copié le mot: j'avais dit *wehr*, *weere* qui est encore aujourd'hui le nom en Allemand, Hollandais etc. et qui a fait *guerre* en Francais et *war* en Anglais. Mr. de Montvéran (Tome I, pag. 20) repète la même phrase, seulement que par ignorance il met *heer*, *heere* ce qui signifie autre chose que *wehr* et *weere*. Je passerais encore ce plagiat, si Mr. de Montvéran eut ajouté un seul mot ou une seule observation à ce que j'ai dit: mais sans indiquer la source il s'est borné à copier et à extraire litéralement.

time que je vous porte, et à la vôtre à laquelle j'aspire. Je me félicite que vos lettres ayent été publiées en Français quoiqu'en Angleterre et par un Anglais, je me vois par votre exemple autorisé à employer une langue, qui quoiqu'elle me soit également étrangère, m'est beaucoup plus familière que la vôtre, et que cet exemple me donne l'assurance, que ce que je pourrais publier en Français ne sera pas perdu pour vos compatriotes qui suivent la même carrière que nous.

Appliqué dès mon adolescence à l'étude des lois et du barreau je n'ai pu me borner à la connaissance des seules lois de mon pays; je ne me suis jamais consideré comme attaché à la glèbe de ma patrie, mais comme appartenant au monde civilisé en entier; j'ai voulu connaitre l'ensemble des lois et des institutions, en un mot, non content d'être légiste, j'ai élevé mes vues plus haut, j'ai ambitionné d'être jurisconsulte (1). La comparaison des systêmes des différentes législations m'a paru le moyen le

(1) » Un jurisconsulte c'est l'homme rare, l'homme doué d'une » raison forte, d'une sagacité peu commune, d'une ardeur infatigable » pour la méditation et l'étude, qui planant sur la sphère des lois » en éclaire les points obscurs, et fait briller d'un nouvel éclat » les vérités connues, qui non seulement applanit les avenues de la » science, mais en recule les bornes, qui indique aux législateurs ce » qu'ils ont à faire, et laisse à ceux qui voudront marcher sur ses » traces, un fil, qui les conduira sûrement dans cette vaste et pé- » nible science." C'est ce qu'a dit quelque part et ce qu'a prouvé par son exemple le respectable Henrion de Pensey. Je ne m'astreindrai pas, dans le cours de cet ouvrage, à prendre toujours le terme de jurisconsulte dans un sens aussi élevé; je me conformerai souvent à l'usage ordinaire, quoique peut être moins rigoureusement exact.

plus sûr de pénétrer le véritable esprit de chacune d'elles, et de même que le physiologue éclairé compare l'anatomie de l'homme avec celle des animaux pour prononcer avec plus de certitude sur la construction et l'opération de chaque organe, et déduit de cette comparaison un jugement raisonné sur les fonctions des différentes parties de l'animal; de même aussi j'ai supposé qu'on pourrait avec fruit rapprocher les diverses législations; enfin les lois ne s'étant formées, établies, et perfectionnées que dans la succession des tems, j'ai cru nécessaire de joindre à l'examen des dispositions législatives, celui des circonstances qui les ont précedé et accompagné, qui peuvent les avoir amenées et en faire appercevoir l'origine, ou qui du moins en facilitent la connaissance intime, en dévoilant leur véritable esprit. C'est ainsi que j'ai reconnu et tâché de mettre en pratique le principe de l'immortel Montesquieu, qu'il faut éclairer les lois par l'histoire, et cette recherche m'a de plus confirmé la vérité d'un autre principe du même auteur, qu'il convient d'éclairer l'histoire par les lois.

Mais si je suis éloigné de séparer l'étude de l'histoire de celle des lois, si j'en reconnais la liaison naturelle et indispensable, je le suis bien plus encore de ce qu'on est convenu d'appeler en Allemagne l'école de Jurisprudence historique, qui substitue l'histoire à la connaissance des lois, et qui néglige les dispositions législatives pour ne s'occuper que de l'histoire, des antiquités, des usages et des institutions des peuples et des siècles qui sont bien loin de nous. L'étude du droit Romain en Allemagne de nos jours ne s'occupe presque plus des

lois de Justinien, mais des usages de la République et de la nation sous les premiers Empereurs; on s'applique à connaitre parfaitement et à pénetrer l'esprit des Jurisconsultes, dans les ouvrages desquels Tribonien a puisé, des constitutions des empereurs, qui regnaient à Rome avant la translation du siège de l'Empire à Byzance, et on perd de vue les constitutions de Justinien, qui a décidé les points controversés entre les Proculéjens et Sabiniens, et qui aurait déjà rendu un service important à ses sujets et à la postérité en tranchant ces difficultés, quand même il n'aurait fait que couper le noeud Gordien, sans aucun égard pour les principes différens de Capito ou de Labéon. Les professeurs les plus distingués, les chefs de cette école ont abandonné l'étude de ce qui était préscrit par le législateur, ils ont perverti l'esprit de la législation de Justinien ou de Tribonien, et se substituant à la place de ces législateurs, leurs efforts tendent à ramener le droit Romain à l'état, où il se trouvait avant la compilation du Digeste et du Code; ils substituent la connaissance des antiquités et des doctrines rejettées et reprouvées par ce législateur à celle de ses dispositions impératives, à celle du veritable droit Romain.

Par une conséquence presque nécessaire, puisqu'elle dépend de la même manière de considérer la jurisprudence, je suis partisan décidé du systême de codification, pourvu que l'oeuvre de la législation soit confiée à des personnes pénétrées de l'importance de leur mission, connaissant les dispositions des lois existantes, guidées surtout par l'expérience, consultant à chaque pas l'histoire générale, la constitution spéciale du pays

auquel leurs lois sont destinées et les besoins indiqués par la pratique judiciaire, attachées surtout à l'application rigoureuse des principes qu'elles croient devoir adopter à toutes les espèces, que suggère la connaissance des jugemens et que démontre l'expérience des tribunaux existans. Une pareille législation fixe et constante dans son application, quoique non invariable à raison des circonstances, me parait le moyen le plus infaillible d'assurer à un gouvernement, comme à une nation entière le but principal de la société civile, celui de la sûreté et de la tranquilité générale. Je crois toutes les objections contre un code de lois écrites peu fondées et faciles à résoudre, ou portant uniquement sur les défauts de telle ou telle législation donnée et pouvant seulement motiver une grande attention dans la rédaction et la sanction des projets législatifs, sans attaquer le moins du monde le principe de l'utilité d'une législation positive et écrite.

Je ne me cache pas les difficultés que peut rencontrer une législation positive dans un pays, qui n'a connu que des usages et des coutumes; je ne ferme pas les yeux sur les capacités presqu'au dessus de la nature humaine, qui sont requises pour former un législateur parfait; je ne me fais point illusion sur les défauts des essais faits jusqu'à ce jour; mais toutes ces considérations loin de décourager celui qui veut le véritable bien être et qui se sent embrasé de l'amour de la science, sont au contraire autant de motifs plus graves pour travailler à surmonter les difficultés, à indiquer la route à suivre et les écueils qu'il convient d'éviter, et à tâcher de perfectionner de

plus en plus, autant qu'il est donné à l'imperfection de l'homme, ce qu'il y a eu de défectueux jusqu'ici. Il est quelques vues particulières à la situation de l'Angleterre ou plutôt de la Grande Bretagne, qui doivent être spécialement examinées pour pouvoir appliquer à ce pays le principe général de l'utilité d'une législation spéciale, positive et uniformément appliquée, quoique susceptible de modifications et de changemens amenés par les circonstances.

Il suffit de vous avoir dans la présente indiqué les points importans sur lesquels je compte vous entretenir : nos résultats sont bien différens et l'importance de leur objet mérite une discussion approfondie ; ce n'est pas d'ailleurs par des décisions hasardées qu'il convient de rejeter des doctrines appuyées sur des autorités imposantes, adoptées par des savans d'un mérite transcendant, épousées par les universités les plus célèbres d'une grande nation, et mises en pratique par des gouvernemens éclairés. Je me propose de les examiner en détail, et ma prochaine lettre sera particulièrement destinée à combattre la méthode de l'école, qu'en Allemagne on s'est plû d'appeler historique : dans une troisième lettre je me flatte de vous convaincre de l'utilité, de la nécessité même d'une législation positive, écrite et immuable dans son application, quoique susceptible d'altération, pour le bonheur d'un peuple, ainsi que des moyens de parvenir à un corps de législation sinon parfaite, du moins approchant de la perfection ; et de s'opposer aux défauts des législations existantes, ainsi qu'à ceux qui pourraient résulter de l'immuabilité de la législation ; enfin des moyens de la con-

server et de l'améliorer. Dans une quatrième lettre je m'occuperai plus spécialement de la Grande Bretagne et de ce qui devrait distinguer le mode de codification dans ce Royaume de tout ce qui s'est pratiqué jusqu'ici sur le continent, ainsi que des moyens qui pourraient être mis en usage pour adopter à sa Constitution les dispositions nécessaires pour conserver l'uniformité dans l'application de la loi écrite, uniformité qui constitue sa principale utilité, et sans laquelle la législation flotte dans la même incertitude, que lorsqu'elle est privée d'une base fixe certaine et connue.

Je ne me flatte point de faire revenir à mes opinions tous ceux qui se sont déclarés partisans de l'école historique et opposés à la codification, bien moins d'épuiser un sujet aussi vaste qu'important, mais je m'estimerais infiniment heureux, si mes idées pourraient devenir le sujet de la méditation des esprits impartiaux, et exercer quelque influence sur les grands projets d'amélioration qui occupent les Jurisconsultes Anglais de notre époque.

Deuxième Lettre.

Je vous ai promis dans ma première lettre de vous occuper dans la présente de mes opinions sur l'école de jurisprudence et la méthode historique actuellement en vogue dans la plupart des universités de l'Allemagne (1)

(1) L'école historique n'est cependant pas exclusivement d'origine Allemande; elle me parait une branche de l'école litéraire des Juris-

qui s'est emparée également de nos universités et a pu mériter votre approbation: malgré ce succès éclatant et général; malgré les efforts qu'ont fait et que font quelques savans Français pour la faire triompher de même en France, je vous ai déjà annoncé que ma conviction personnelle est peu favorable à cette méthode: je me suis engagé à justifier mon opinon et à rendre raison de cette opposition, d'autant plus que des savans Allemands qui m'ont fait l'honneur d'attacher du prix à ma manière de voir, ont cru que cette opinion était inconséquente avec la marche que j'ai suivie moi même, dans un ouvrage publié sur l'origine l'esprit et les progrès des Institutions Judiciaires des principaux pays de l'Europe (1).

Quant à l'accusation d'inconséquence, quoiqu'elle soit absolument étrangère au mérite de l'opinion en elle même, j'observe que je crois l'étude de l'histoire étroitement et nécessairement liée à celle de la jurispruden-

---

consultes principalement Hollandais connus sous le nom de *Jurisconsulti elegantiores*. Les ouvrages de Noodt, de Schulting et d'autres auteurs paraissent être les premiers essais de cette école historique, qui cependant a changé de forme en Allemagne et y a été beaucoup exagérée. Il pourrait être assez curieux de suivre cette succession avec exactitude.

(1) La première édition a paru à la Haye et à Amsterdam en 6 Vol. 8°. en 1818—1823, la seconde à Paris 1823 en 5 Vol. 8°. J'alléguerai souvent cet ouvrage, et je vous prie de croire que ce n'est pas par vaine gloriole, mais pour éviter des longueurs inutiles dans cette correspondance, et pour ne pas interrompre ce que j'ai à dire par des détails que j'ai traité ailleurs plus au long. Ces allégations ne serviront qu'à indiquer le lieu ou j'ai exposé mes sentimens avec plus de développement, et avec renvoi aux preuves.

ce, mais qu'elle ne doit en être que l'accessoire, lorsqu'il s'agit de connaitre les lois; que l'histoire doit apprendre à mieux connaitre et à apprécier les dispositions législatives, mais que ces dispositions, telles que le législateur les a constituées, sont la seule et unique base de la science du droit; que d'ailleurs la liaison de l'histoire et des lois, la recherche et l'application de l'histoire sur la législation, et la comparaison des législations entr'elles, forment le complément de la science du droit, mais que loin de devoir être le but et l'objet des études de celui qui se destine à la jurisprudence, elles ne sont compatibles qu'avec la connaissance déjà acquise des lois positives; que sans faciliter cette connaissance, elles la présupposent (1).

Avant de comparer la législation actuelle avec les lois qui l'ont précedée, avant de rapprocher le droit d'un pays de celui d'un autre, avant de pouvoir apprécier les résultats, et à plus forte raison avant de pouvoir remonter aux causes qui ont amené ces résultats, il est indispensable de connaitre les dispositions

(1) J'aime à voir qu'on s'applique à réunir la connaissance de l'histoire à celle des lois, et qu'on suive l'impulsion donnée par l'immortel Montesquieu: mais il ne faut pas confondre cette étude transcendante avec celle du droit: on peut être professeur de droit sans être à la hauteur d'enseigner cette science; des étudians ne sont pas en état de la sentir. Il faudrait un esprit supérieur pour donner des leçons, et des docteurs en droit, ayant déjà quelque connaissance de l'application pratique des lois, pour les recevoir et les apprécier convenablement: sans cela on peut les appeller » vacuum et » superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam le» gum veniunt audientiam perterriti." etc. *L. Un. Cod. de nudo jure Quiritum tollendo.*

législatives, et ce serait dans mes idées une subversion entière, que de commencer les études du droit, par des recherches qui exigent une connaissance préalable de ce droit. L'histoire est nécessaire et indispensable pour le législateur; comme pour celui qui veut asseoir un jugement sûr sur le système de législation: celui qui ne demande à connaitre que la disposition des lois, qui se destine exclusivement à l'application des lois, qui se borne à ce qu'exige la pratique journalière, et l'usage quotidien du barreau, doit certainement ne pas ignorer l'histoire entièrement, comme il doit se familiariser avec chacune des connaissances indispensables à tout homme d'une éducation soignée, mais l'histoire ne fait point nécessairement partie de ses études scientifiques. Certainement un avocat, un magistrat ne doivent pas être étrangers à ce qui fait partie d'une éducation libérale; il ne peut ignorer l'histoire sans s'exposer à des bévues et à des erreurs grossières et ridicules; mais il peut ne pas en avoir fait une étude approfondie, il peut pour son usage journalier se borner à cette connaissance superficielle, qu'il est aisé d'acquérir, et que tout particulier bien élevé possède.

Ce n'est point là l'état de la question; l'histoire n'est pas seulement à mon avis utile à celui qui prétend au titre de Jurisconsulte, mais il doit l'avoir bien pénétrée; ce ne sont pas les événemens seuls, les noms des Rois et la durée de leurs règnes, les guerres, les batailles, les sièges mémorables, les traités de paix, les changemens de dynasties, les époques diverses qu'il doit connaitre, mais il doit savoir la marche des événemens, il doit

avoir suivi la progression des idées du pouvoir des souverains, de l'état des peuples, le plus ou moins de culture et d'instruction, l'influence des opinions religieuses, philosophiques et politiques, enfin il doit avoir étudié l'histoire dans sa partie philosophique, et tracé la marche progressive ou rétrograde de l'esprit et des moeurs dans chaque époque (1). Ce n'est qu'alors que la connaissance de l'histoire lui sert à bien comprendre et à classer les lois de chaque nation et de chaque époque; ce n'est qu'alors que l'apperçu des événemens qui ont amené et motivé une loi lui donne la clef de l'intention du législateur, tandis qu'en même tems toute loi remarquable dans ses effets et générale dans son application lui revèle l'intention du législateur, les principes qui l'ont guidé, et par une conséquence nécessaire, les besoins et la tendance de l'époque. Mais pour être en état de s'éléver à des considérations de cette nature il faut nécessairement avoir acquis au préalable la connaissance de ce qui existe, c'est à dire, avoir acquis ce qui est le but principal des études du droit.

Avant d'examiner la méthode de l'école historique, il faut commencer par bien la connaitre, et à cet effet, je prendrai ses notions dans l'ouvrage de Mr. de Savigny intitulé *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (2) le même sur lequel vous avez travaillé.

---

(1) C'est l'idée primitive que j'ai cherché à indiquer plutôt qu'à réaliser dans l'ouvrage que j'ai publié, sur l'esprit, l'origine et les progrès des institutions judiciaires dans les principaux pays de l'Europe.

(2) J'ai devant moi la seconde édition de cet opuscule publié à Heidelberg en 1827; c'est à cette édition que se rapporteront tou-

Mr. de Savigny est non seulement le coryphée de cette école, mais un homme d'un mérite transcendant, d'une érudition remarquable, d'une exactitude et d'une sagacité peu commune dans tous les détails, versé plus qu'aucun autre dans l'histoire tant de l'ancienne Rome que du moyen âge; et qui dans son grand ouvrage sur l'histoire du droit Romain pendant le moyen âge (1) a réuni un nombre de faits et éclairci un nombre de points obscurs et douteux, comme peut-être on n'en trouve pas dans un autre ouvrage quelconque. Ces qualités et ce savoir, la réputation colossale dont jouit tant en Allemagne que dans toute l'Europe Mr. de Savigny, m'inspirent le plus profond respect pour sa personne et ses opinions; mais aimant la science pour elle même et ne recherchant que la verité, je n'ai jamais pu me ranger à l'obéissance passive, et j'oserai dire même à Mr. de Savigny: *amicus Plato, amicus Socrates, sed magis amica veritas;* j'admire son savoir et ses connaissances, mais je me permets de juger ses résultats, et dès lors je n'ai pu adopter son opinion. En général et surtout dans son histoire du droit Romain j'ai trouvé une profondeur immense et une justesse d'esprit incomparable dans les détails, sans aucun résultat définitif, sans aucun

---

tes les allégations: j'ai cru pouvoir faire servir cette observation pour me dispenser de citer autre chose que la page.

(1) Le premier volume a paru à Heidelberg en 1815, le second à Heidelberg en 1816, le troisième à Heidelberg en 1822, le quatrième en 1826. Mr. de Savigny a eu la condescendance de m'adresser successivement ces volumes, je n'ai pas encore vu le cinquième volume, qui cependant a déjà paru: Mr. de Savigny m'a de plus fait l'honneur, de citer mon ouvrage au nombre de ceux à consulter sur l'histoire du droit du moyen âge; Tome 3. pag. 655.

but direct, sans aucune conclusion générale; j'ai cru voir une collection immense de matériaux précieux recherchés avec le soin le plus minutieux, extraits souvent des entrailles même de la terre ou des dépôts les plus reculés, placés en évidence avec le plus grand soin, classés méthodiquement et duement inventoriés, et numérotés; j'ai rendu hommage aux peines qu'a dû couter ce travail et aux talens requis pour former ce recueil, mais j'ai cherché envain l'édifice auquel ces matériaux sont destinés ou l'architecte appelé à les mettre en oeuvre. Cet ouvrage si riche en détails manque à mon avis, et aussi loin que je le connais, de résultat et ne contient encore que les détails qui serviront un jour à écrire l'histoire du droit Romain, pendant les siècles qui ont suivi l'invasion des Germains Barbares dans la partie occidentale de l'Empire. Le petit ouvrage de Mr. de Savigny, dont il est question maintenant, ne contient pas de recherches historiques, il n'était pas destiné à des détails aussi brillans et aussi intéressans, il n'est point étonnant qu'il ne soit pas sous ce rapport comparable au grand ouvrage du même auteur, ou même à ces dissertations d'une moindre étendue, qui ont traité historiquement de quelque point obscur ou mal compris du droit Romain (1): aussi dans ce petit ouvrage les défauts que j'ai cru appercevoir dans les autres se montrent plus à découvert, et le manque de justesse des vues générales ne me parait ni compensé ni caché

(1) Telle est une dissertation aussi savante qu'ingénieuse sur le *contractus literis constans* chez les Romains, lue par Mr. de Savigny à l'academie de Berlin, et qu'il m'a également fait l'honneur de m'adresser.

par les richesses de détail. Cependant ce petit ouvrage m'a paru le plus propre à en faire l'objet de cette lettre, parceque c'est celui qui vous a déterminé en faveur d'une opinion contraire à la mienne, parcequ'il est de celui qui brille au premier rang parmi les partisans et chefs de l'école historique, enfin parcequ'il contient dans une espèce de manifeste le résumé de toutes les doctrines de cette école, et qu'il a été le signal d'une levée de boucliers des jurisconsultes se disant historiques, contre ceux qu'on a cru flétrir en les designant sous le nom de pragmatiques et quelquefois d'empiriques (1).

Un autre motif pour admettre cet ouvrage de Mr. de Savigny comme la base de notre correspondance, est que non seulement il pourra servir de canevas à ce que j'ai à vous soumettre relativement à l'école historique, mais qu'il s'étend également à nos opinions sur la codification en général; deux points que Mr. de Savigny considère comme immédiatement liés, et que j'ai également présentés comme tels dans ma lettre précedente : si le systême de l'école historique est fondé, un code écrit, une légis-

(1) Le nom d'empirique est devenu par l'usage une espèce d'injure: en Allemagne les sectateurs de la philosophie de Kant ont appliqué cette dénomination à ceux qui ne raisonnent que d'après les faits et l'expérience, sans consulter la théorie transcendante: dans ce dernier sens je serais glorieux de mériter ce nom en jurisprudence. Il en est de même du nom de pragmatiques, à moins qu'on ne veuille l'entendre du praticien ignorant, qui ne connait que la routine du palais: j'appellerais au contraire l'école de jurisprudence empirique, pragmatique et pratique, celle qui ne s'écarte pas des dispositions positives des lois et les rapporte sans cesse à l'application sur les espèces de fait.

lation positive, est une chimère, une impossibilité, et en même tems toute tentative pour y parvenir a des inconvéniens extrèmement graves; tandis que la réfutation des principes de cette école tend à justifier la codification, à en établir la possibilité, la nécessité, et même l'urgence; c'est sous ce point de vue, et peut-être sous ce point de vue seul, que mes opinions générales se rapprochent de celles du grand maitre (le nom que mérite certainement Mr. de Savigny) et ce rapprochement facilitera le développement de mes vues dans la suite de cette correspondance; il en résultera qu'elle pourra être regardée comme formant un seul tout, sauf ce que j'aurai à y ajouter spécialement pour l'Angleterre.

Je ne me propose pas de défendre l'opinion de Mr. Thibaut, qui après la restauration de l'Allemagne en 1813 et 1814 voulait un code général pour ce vaste pays, lequel, s'il ne composerait pas la législation universelle de toutes les différentes souverainetés allemandes, devrait néanmoins servir de base au droit, et remplacer l'idéal que les Allemands s'étaient fait depuis des siècles d'un droit commun de l'Allemagne, et qui pourrait être modifié diversement dans chaque état; espèce de droit subsidiaire des lois locales et qui ne régirait que les cas non prévus par les dispositions spéciales de chaque souverain; quoique la réfutation de Mr. Thibaut soit l'objet principal de l'ouvrage sur la législation de Mr. de Savigny. Si tel avait été mon projet, je n'aurais point fait le sujet de la présente lettre l'examen des argumens de Mr. de Savigny, mais je l'aurais réservé pour la suivante, dans laquelle je me propose de traiter de la codification en général: mon objet

actuel est de défendre la méthode des jurisconsultes Français, qui, à mon avis, remonte à Alciat et à Cujas (1), et qui reconnaît plus tard pour son chef le célèbre Pothier, dont Mr. de Savigny a méconnu, et beaucoup déprécié le grand mérite (2), et dont les écrits ont si puissamment influencé la législation Française actuelle, et les célèbres jurisconsultes qui ont concouru tant à la confection de ce code qu'à former la jurisprudence qui, en grande partie, en règle l'application, les Tronchet, les Cambacères, les Portalis, les Bigot Préameneu, les Malleville, les Merlin, les Carré, et autres d'une réputation moins étendue. Tous ces savans ont été et sont bien éloignés de séparer la connaissance de l'histoire et des législations précédentes, d'avec celle des lois actuelles; mais ils ne substituent pas cette histoire à la jurisprudence, et ils préfèreraient se tromper sur les limites exactes qui, du tems de la République Romaine, séparaient les *res mancipi* des *res nec mancipi,* le droit de propriété Quiritaire et Bonitaire (3), (quoique même quelques restes de cette distinction aient survécu à la République, et que jusqu'au tems de Justinien on retrouve ces dénominations, lesquelles cependant depuis longtems avaient perdu leur valeur et leur influence sur le droit) que de manquer le sens d'une disposition législative qui est d'une application journalière, ou même une décision positive, une loi du Code (4), ou une Novelle de Justinien.

(1) Donneau (Hugo Donellus) appartient à la même école.

(2) *Vom Beruf* etc. pag. 61.

(3) Ce sont des reproches que Mr. de Savigny fait gravement à Mr. Malleville. *Vom Beruf* etc. pag. 62 et 63.

(4) Par exemple la loi unique au Code *de nudo jure Quiritum tollendo.*

Le droit, dit Mr. de Savigny, lorsqu'on consulte l'histoire, s'établit insensiblement; les circonstances font naître le besoin d'une décision quelconque; l'équité naturelle, l'utilité publique, les relations existantes entre les intéressés, l'intention commune, et d'autres élémens pareils, plutôt sentis qu'exprimés, introduisent une interprétation générale, un règlement tacite des droits et des devoirs respectifs; on s'y conforme dans l'usage, et l'habitude consolide le principe qui acquiert la force obligatoire d'une coutume, d'une loi non écrite: enfin une espèce éclatante survient, d'autres circonstances impérieuses nécessitent l'intervention du souverain, et le législateur promulgue une loi dans laquelle il consacre, en termes exprès, ce que l'usage avait déja introduit; il suit cet usage, parceque les motifs qui l'ont fait adopter sont généralement les mêmes qui auraient dû le guider, lors même qu'il aurait eu à régler une matière entièrement neuve, parceque l'usage n'aurait pu s'introduire s'il n'eût été conforme aux principes profondément sentis de l'équité naturelle (1), aux circonstances locales et aux intentions comme aux intérêts des parties concernées, et parcequ'il est difficile et souvent impossible d'exécuter et

(1) Il est dans tous les usages, dans toutes les coutumes, quelque étranges qu'elles puissent paraître, un fond de bon sens et d'équité dont on ne peut trop s'appliquer à faire connaître les principes. Lorsqu'un usage est contraire à la loi, lorsqu'après la disposition expresse on cherche généralement à l'éluder et à la circonvenir, c'est toujours que le législateur a méconnu le véritable état de la nation, ou qu'il a perdu de vue un principe essentiel qui aurait dû prévaloir sur celui que le législateur a adopté, ou du moins en modifier l'application.

d'appliquer une loi contraire aux habitudes de ceux qui doivent y obéir, au moins sans employer des rigueurs peu convenables. Plus la forme d'un gouvernement est démocratique, et plus cette marche est suivie constamment; ce n'est que sous le despotisme qu'on s'en écarte, et le droit Romain est rempli de monumens qui attestent cette marche (1): le besoin d'une disposition légale amène un usage, lequel dicté et modifié par l'équité naturelle et par les circonstances locales, s'affermit et finit par passer dans la législation par la sanction du souverain. C'est donc dans sa première origine qu'il faut saisir la disposition législative, il faut la suivre dans toutes ses phases et ses variations, il faut connaître les différentes modifications qu'a subies l'usage pendant qu'il ne fesait encore partie que de la loi non écrite, et ce n'est que par ce moyen qu'on peut parvenir à bien connaître et à pénétrer le véritable sens de la loi qui adopte et qui consacre en termes exprès cet usage, et le fait passer dans la loi écrite. C'est là le raisonnement véritablement spécieux, qui sert d'introduction à la méthode historique.

Mais ce raisonnement est il décisif? Je crois qu'on peut en douter, et qu'au contraire il peut servir de base à une conclusion entièrement opposée. Je n'allèguerai pas à cet effet l'observation très juste que fait Mr. de Savigny, qu'il est des lois (il cite entr'autres la célèbre loi

(1) *Vom Beruf*, p. 31 *et suiv.* Observons cependant, qu'il ne nous reste aucun fragment d'un Jurisconsulte Romain qui ait vécu du tems de la République. *V. Schulting, Oratio culpandusne sit Tribonianus etc.* imprimée à la suite de la *Jurisprudentia antejustinianea. Leide* 1717, in 4°.

Papia Poppaea des Romains) dont l'objet est de changer et d'abolir les usages existans, comme contraires aux vues du Souverain, et que ces lois émanées de celui qui exerce le pouvoir législatif, doivent obliger tous les sujets, et que par conséquent les usages, quelque respectable qu'en puisse être l'origine et quelle qu'en puisse être la convenance à la position de ces sujets, ou d'une partie de ces sujets, doivent se soumettre à la décision expresse du souverain; circonstance qui se présente très souvent lorsqu'il s'agit d'introduire des changemens dans la forme intérieure ou extérieure du gouvernement, et qu'on rencontre fréquemment dans le droit Romain, soit vers l'époque de l'établissement et de l'affermissement du pouvoir despotique des Empereurs, soit vers celle de l'introduction de la religion Chrétienne, et de la translation du siège de l'Empire à Constantinople. J'admets que ces lois soient considérées comme accidentelles, quoiqu'elles ne laissent pas d'être obligatoires, de former une partie essentielle du droit positif, et de devenir à leur tour les bases d'usages et de dispositions tant du droit écrit que coutumier qui s'établit par la suite; et pour un moment je les écarte de la discussion. Restent donc les lois seules que sanctionne le souverain conformément aux usages déja adoptés, et ce sont bien certainement celles à l'égard desquelles les principes de l'école historique devraient être appliqués; mais, à leur égard, je me demande quel est le motif d'une sanction législative? Non pas le motif intérieur de telle ou telle disposition; ce motif est patent, c'est l'équité naturelle, c'est l'intérêt et la convenance de toutes les parties concernées; c'est l'interpré-

tation naturelle de l'intention de ces parties, c'est le résultat de toutes ces considérations prouvé et confirmé par un consentement universel et spontané, reconnu et consacré par l'usage; mais le motif extérieur? Pourquoi cet usage si respectable, si juste, si équitable, si naturel a-t-il été confirmé par une disposition expresse du législateur? Sans aucun doute, on s'est apperçu qu'il manquait quelque chose à l'usage, que le droit non écrit était insuffisant, et que la sanction expresse était nécessaire ou utile pour l'application de cet usage: on a senti que la sanction expresse contenait ce qui manque à l'usage seul, et sans quoi cet usage était insuffisant.

Or, c'est justement cette reconnaissance spontanée, universelle, et non contestée comme incontestable, de l'insuffisance de l'usage ou de la coutume, la nécessité d'une sanction directe et expresse de la part du souverain et du législateur, qui forme la preuve la plus décisive en faveur de l'école dogmatique ou pragmatique (la dénomination est en soi-même indifférente) contre l'école historique. Ce n'est qu'en cas de divergence d'opinions qu'on a recours soit à une loi; soit à un usage; si tous les intéressés étaient d'accord, il leur serait indifférent de savoir ou de demander une décision quelconque: mais lorsqu'il s'agit de terminer un différend d'après les usages existans, il se présente naturellement une question double; la première sur l'existence de l'usage et son étendue, ainsi que ses différentes modifications; la seconde sur l'application de l'usage une fois reconnu à l'espèce qu'on veut décider: une loi expresse et écrite au contraire exclud la première question, et n'admet que celle

sur l'application à la cause individuelle. C'est déjà un premier avantage de la loi écrite sur la loi non écrite ou l'usage, que d'exclure la question de fait sur l'existence de la disposition, et celle bien plus difficile encore sur son étendue et son intention : souvent il est vrai que les lois présentent des obscurités, du vague et de l'indéterminé ; c'est un mal incontestable, mais il résulte d'un défaut dans la législation, soit que des idées claires et précises aient manqué à celui qui a fait la loi, soit qu'il y ait vice dans la rédaction, et ce défaut est susceptible d'être remédié. Dans la loi non écrite, dans l'usage au contraire, le vague, l'indéterminé n'est pas dans *l'espèce*, ce défaut est inhérent au *genre*, et il est impossible que l'usage soit positif et déterminé : plus les espèces sur lesquelles s'est établi l'usage sont nombreuses, plus sont diverses les faces sous lesquelles il s'est présenté ; plus cet usage est ancien et a acquis de consistance, plus ses principes seront connus, et plus facile en sera l'application, laquelle même dans plusieurs cas se fera comme spontanément, et sans exiger aucun effort d'esprit : cependant le vice radical existe, et est si généralement reconnu, que dans tous les tems comme dans tous les pays on s'est appliqué, même sans demander ou obtenir de sanction législative, à recueillir, à consigner par écrit, et à commenter les usages existans et les coutumes.

Indépendamment de ce grand avantage de la loi écrite sur la loi non écrite ou l'usage, il en existe un autre qui n'est pas moins considérable, c'est que la sanction, accordée par le législateur, tranche la question que peut élever un plaideur de mauvaise foi, ou qui peut même

naître sans supposer quelqu'esprit de chicane, sur la force obligatoire de l'usage. Un usage se trouve-t-il en opposition plus ou moins directe avec une loi expresse ou avec un autre usage également existant, lequel des deux devra prévaloir? Si l'opposition est directe et immédiate, si la collision se rencontre fréquemment et ostensiblement, nul doute que l'usage même n'y aura pourvu et établi la suprématie de celui qui a le plus de force; mais si l'opposition ne se rencontre que dans des conséquences plus ou moins éloignées, si les cas de cette opposition sont plus rares, comment décider quel est l'usage qui doit l'emporter sur l'autre? La sanction législative peut et doit nécessairement mettre fin à de pareilles doutes, et quand il n'y aurait que la règle si simple et si fertile en conséquences, que la loi postérieure déroge à la plus ancienne dans tout ce qui est incompatible, elle servirait à faire disparaître la difficulté insoluble qui résulte en cas d'opposition entre deux usages, elle servirait à constater l'époque précise à laquelle chacune remonte, et par conséquent son ancienneté. La sanction législative présente donc de plus l'avantage de fixer la force obligatoire de ce qui était déjà reçu par l'usage, d'assurer à cet usage une obéissance plus illimitée, et d'en fixer l'époque précise, afin d'en déterminer la force obligatoire, par rapport à d'autres dispositions.

Enfin, la plupart des usages les plus anciens, les plus généraux, les plus utiles même, sont souvent mêlés à des abus, ou peuvent dégénérer en abus; ils sont susceptibles de variations infinies, qui leur donnent une direction opposée à ce qui les avait fait recevoir dans le prin-

cipe: la sanction législative peut séparer l'utile dans l'usage d'avec les abus qui se sont introduits, ou qu'on peut redouter pour l'avenir; il peut fixer l'usage tel qu'il existe, et en empêcher les variations futures; il peut rendre stable ce qui, par sa nature même, est flottant et incertain. Cette sanction expresse peut et doit modifier la coutume ou l'usage et en règler invariablement l'application.

Le besoin de convertir en loi écrite ce que l'usage a introduit, établi et consacré, d'en fixer avec exactitude le sens et l'étendue, d'en règler les écarts, de rendre constant ce qui n'était que variable, de modifier d'après les grandes vues sociales et les besoins généraux de la cité, ce qui ne doit son origine qu'à des rélations individuelles et partielles, est impératif, et appartient à tous les pays comme à toutes les époques. C'est cette impulsion qui a dicté à Rome la loi des douze tables, l'Edit perpétuel, et à Constantinople les codes Théodosien et Justinien; c'est elle, qui, dans l'occident, a donné naissance à l'Edit de Théodoric le Goth, aux législations des peuples Germains dues en grande partie à Charlemagne, et qui, à une époque plus récente, dans le moyen âge et lorsque la barbarie commençait déjà à se dissiper, a introduit l'homologation des coutumes (1); c'est cette im-

(1) Dans la France comme dans la Flandre on voit partout des coutumes homologuées, tantôt pour des villes ou communes, tantôt pour des districts entiers: en Allemagne ce ne sont guères que les communes qui ont sollicité et obtenu l'homologation ou sanction de leurs coutumes ou statuts, recueillis par écrit. Ces recueils, surtout les plus anciens, sont connus sous le nom de *Weichbilder* ou *Reformationen* V. à ce sujet *Eichhorn*, *Deutsche*, *Staats- und Rechtsgeschichte*. § 434.

pulsion à laquelle ont depuis cédé plusieurs nations, en adoptant des codes ou législations fixes et connues, qui, dans ma manière de voir, établit incontestablement la supériorité d'une école pragmatique sur celle dite historique (1). En effet si la loi écrite, la compilation sanctionnée par le législateur, la coutume homologuée, ne différait pas essentiellement de l'usage tel qu'il existait avant la sanction du législateur, ce besoin universellement reconnu, auquel ont sacrifié toutes les nations et toutes les époques, ne serait qu'une vision, qu'une chimère produite par une imagination frappée, ou un simulacre inventé par la servilité la plus basse et l'adulation la plus lâche, qui voudrait ne reconnaître que l'ouvrage du Souverain, dans ce qui est le produit et le résultat de l'action et de la volonté des sujets. Or, c'est des dispositions obligatoires que se compose le droit, c'est d'elles que dérivent les droits et les devoirs des individus, c'est elles qu'il faut connaître. Ce n'est donc pas l'usage qui a donné lieu à la disposition législative, mais cette disposition seule qui se rapporte au droit existant et positif, et ce premier raisonnement qu'on fait en faveur de l'école historique prouve au contraire que ce n'est pas l'histoire qu'il faut consulter pour connaître le droit existant, mais que la disposition législative, conséquence plus ou moins nécessaire ou immédiate des faits qui constituent l'histoire, est absolument distincte de cette histoire, dont elle amène la clôture et la fin. L'histoire de l'usage

(1) Mr. De Savigny lui-même ne peut s'empêcher de reconnaître le fait de cette tendance; seulement il prétend en déduire un argument contraire.

qui a produit la loi est par cela seul étrangère, et même en quelque sorte en opposition avec cette loi.

Certainement, la connaissance de la première origine de l'usage, des besoins de l'époque qui ont donné lieu à l'introduction de l'usage, des circonstances qui l'ont motivé, de celles qui ont nécessité une disposition législative, sera très utile à celui qui veut connaître à fond l'esprit de la loi, et plus encore à celui qui s'occupe de la législation du pays où cet usage s'est introduit; mais qui ne prétend qu'à la connaissance du droit, ne considère que la disposition, telle qu'il la trouve, sans qu'il ait besoin de connaître, bien moins d'approfondir, ce qui a occasionné cette disposition. Il doit, pour comprendre la disposition, connaître l'objet auquel elle se rapporte, et si cet objet est dépendant des usages précédens, par exemple si la disposition termine une discussion préexistante sur l'interprétation, l'acception ou l'étendue de l'usage, ou bien décide entre deux usages opposés dans leurs conséquences, il est indispensable qu'une notion générale des points déterminés par le législateur soit à portée de celui qu'on veut instruire de la décision, mais il suffira d'une notion générale et même superficielle.

L'étude historique d'un usage converti en loi n'est nécessaire et utile qu'à celui qui s'occupe de la science transcendante du droit, de la science de la législation, de la jurisprudence supérieure; elle est sans valeur pour celui qui veut acquérir la connaissance du droit; elle est hors de la portée de celui qui ne connaît pas encore ce droit, et ne peut servir qu'à embrouiller et à confondre les idées partielles qu'il peut avoir déjà acquises.

Si telle est la véritable situation de l'école historique, à l'égard des lois qui ne sont que la conséquence et la confirmation du droit coutumier, combien moins le raisonnement de Mr. de Savigny sera-t-il applicable à des lois qui ne tirent pas leur origine des usages nationaux, ou qui, introduites par rapport à un changement politique de l'Etat, soit dans ses relations extérieures, soit dans son administration interne, n'ont rien de commun avec les usages et les habitudes de cette nation. Il suffit de rappeler par un seul mot, à ceux même qui veulent faire leur étude de la législation, que pareille loi a un motif politique étranger à la nation pour laquelle elle est rendue, et qu'elle se rapporte aux besoins de l'administration; celui qui ne cherche qu'à connaître le droit, peut et doit demeurer étranger à une pareille remarque, qui le détournerait du principal objet de ses recherches.

Loin de conclure avec Mr. de Savigny des prémisses qu'il établit, et qui, d'après ce qu'il reconnaît lui même, ne sont applicables qu'à une partie de la législation, en faveur de l'école historique, nous croyons avoir démontré d'après ces mêmes données, que si celui qui a déja acquis la connaissance du droit, peut rechercher historiquement les dispositions de ce droit, afin de se pénétrer des devoirs du législateur, cette recherche est inutile pour la connaissance des lois, qu'elle est même dangereuse pour celui qui n'est pas encore parvenu à cette connaissance, et que celui qui s'engage imprudemment dans cette direction, avant de s'être bien assuré de la route qu'il doit tenir par l'étude des résultats, risque de s'égarer dans un labyrinthe de détails; que cette recherche historique,

en absorbant ses moyens et ses momens, finira par se substituer à l'étude des lois: en un mot, que l'étudiant en droit qui suit les principes de l'école historique, peut devenir un savant historien, un antiquaire consommé, mais qu'il négligera le but auquel tendaient ses études, la connaissance du droit et des lois positives. C'est, au contraire, en s'attachant aux résultats, et en y joignant ce qui est indispensable de l'histoire du droit pour comprendre les expressions dont s'est servi le législateur, les controverses qu'il a terminées, les différends qu'il a réglés, qu'on peut parvenir à connaître le droit positif, auquel celui qui s'est familiarisé avec ces résultats et leur application, peut ensuite joindre les recherches historiques et comparatives indispensables pour ce degré supérieur de la science, que j'ose appeler transcendant, et qui devient nécessaire au législateur; pour cette étude, qu'en opposition de la seule science du droit, on pourrait nommer science de la législation, mais qui n'est désignée par un nom spécial dans aucune langue qui me soit connue.

Le droit, poursuit Mr. de Savigny, c'est à dire la disposition coutumière, se trouvant dans la dépendance immédiate et nécessairement liée à l'état de la nation, devant varier selon les besoins et les circonstances, influencé par tout ce qui peut modifier cet état, ne peut être stable, et son plus grand mérite est de varier avec ces mêmes circonstances; de même qu'une langue vivante se prête à tout ce qu'exige la nécessité de la conversation, qu'elle s'enrichit lorsque la sphère des connaissances et des idées, qu'elle est destinée à transmettre, s'agrandit, qu'elle se purifie et prend un caractère de fixité, lorsque

les notions auxquelles elle est adoptée deviennent plus claires et plus précises, qu'elle se dessine plus fortement et avec plus d'énergie lorsque la nation qui s'en sert développe ses moyens, son pouvoir et ses forces, ou bien que, maniée par des hommes de génie elle emprunte le signe distinctif de leur talent, qu'elle s'amollit et s'énerve au contraire, lorsque la nation décline, soit dans ses forces physiques, ou sa puissance morale, qu'elle s'appauvrit lorsqu'elle ne s'applique que partiellement ou rarement, et qu'elle devient une langue morte; de même aussi le droit coutumier, qu'on regarde comme la seule et véritable base de toute jurisprudence, est essentiellement susceptible de variation et d'extension ou de restriction: le véritable droit est incompatible avec la fixité, et c'est dans cet état qu'on doit l'étudier: or si ce droit ne peut jamais être saisi dans un seul moment, il ne reste d'autre moyen que d'en suivre le cours et de l'étudier en suivant sa marche pour ainsi dire historiquement. Nous croyons avoir exposé le raisonnement dans toute sa force, et s'il est permis de nous servir d'une comparaison tirée d'une autre science, qui ne peut que rendre plus distinctes toutes les idées auxquelles elle peut être appliquée, le droit n'étant pas considéré comme une quantité fixe, mais variable et changeante d'après une règle constante, il s'agit pour l'étudier de connaître cette règle, de connaître la *formule* de cette variation, d'en apprendre ce que les mathématiciens appellent la *fluxion*. C'est l'histoire seule qui peut nous fournir la théorie des variations que subit et doit subir le droit, c'est par cette histoire que nous connaissons la règle qu'elles suivent

nécessairement, c'est elle qui nous fournit les données pour établir ce que les Mathématiciens appellent la *fluente* ou *l'intégrale*, et par conséquent à calculer la *différence* ou *fluxion*, qui à son tour nous amène à connaître l'état du droit à chaque époque déterminée. Ce calcul est la base de la vraie connaissance du droit; sans elle on peut répéter des mots et alléguer l'autorité littérale d'une disposition législative, mais ce n'est pas connaître la loi que d'en savoir les paroles, sans s'être pénétré de leur sens (1), et on tombe dans le vice de ceux qui, selon l'expression énergique de Bacon: *tanquam ex vinculis ratiocinantur* (2). Examinons avec attention cet argument, et nous ne croyons pas qu'il ait plus de fondement que le premier dont nous nous sommes occupés.

D'abord en admettant même la supposition qu'il n'existe d'autre droit que celui qui s'introduit par l'usage, il en résulte que ce droit est susceptible de variation, lorsque la différence des circonstances, dans lesquelles se trouve une nation, amène un changement notable dans les besoins, c'est à dire dans la manière d'exister de cette nation; mais il n'est aucun motif de supposer que le changement soit la conséquence nécessaire et immédiate de chaque altération, qui résulte naturellement de la succession des tems. Il est au contraire dans notre manière de considérer le droit, soit qu'on ne veuille regarder la loi que comme une émanation de la sagesse humaine, appliquée à des faits donnés, soit même qu'on n'ait en

(1) » Scire leges non hoc est verba legum tenere, sed vim ac po» testatem." *Celse*, in L. 17 D. de *legibus*.

(2) Baco, de augm. scientiae L. 8 cap. 3; de Savigny *vom Beruf*, p. 24.

vue que le résultat des combinaisans nécessaires, qu'introduit l'état de la société, comme inaltérable à moins d'un événement d'une importance majeure, qui déplace les faits auxquels on a appliqué une théorie, ou qui ont déterminé l'usage. La coutume n'est pas inaltérable, mais par cela seul qu'elle est *coutume*, c'est à dire qu'elle repose sur une *série* de faits semblables, elle présuppose un dégré de fixité et de constance, qui exclud toute idée de variation et de fluxion continue. Le point, où cesse l'incertitude et la variabilité, celui qui demeure stable nonobstant les légères variations dans les espèces qui se présentent, est le seul qui puisse être censé constituer l'usage; de même que la hauteur des eaux se calcule d'après le point qu'elles marquent constamment, quoiqu'une vague puisse s'éléver plus haut ou retomber plus bas, de même aussi la disposition, soit de la loi expresse, soit du droit coutumier, est exclusive de ce mouvement perpétuel et ondulatoire qui agite la surface, et l'application du principe général aux espèces. La principale idée d'un droit, toujours en mouvement, toujours se perfectionnant et s'adaptant aux besoins du moment, et qui par conséquent ne pourrait être fixé ni saisi dans un point stable, est une de ces conceptions vagues qu'on ne doit qu'à la préoccupation systématique de celui qui veut défendre une hypothèse fausse, et qui se fait illusion sur les argumens, lesquels au lieu de confirmer ce qu'il avance, en démontrent au contraire évidemment l'absurdité. Le droit, quelqu'en soit la nature, et sans distinction s'il est écrit, c'est à dire s'il doit sa force obligatoire à une sanction législative expresse, ou s'il est

coutumier et établi par le seul usage, d'après les besoins de l'époque à laquelle il appartient, est et doit être fixe: un droit variable et flottant est une idée fausse qui ne peut mener qu'à une confusion de paroles sans aucun sens réel. Rechercher la nature d'un pareil droit; étudier une règle, qui étant variable n'existe nulle part; c'est vouloir l'impossible, et plus on cherche à approfondir ou à appliquer un pareil principe, plus avant on s'égare.

Le droit, même coutumier, est par sa nature fixe et invariable (1), quoiqu'il soit susceptible de changement lorsque les circonstances l'exigent impérieusement. La loi écrite ou d'usage peut être changée par une loi contraire, lorsque le législateur croit nécessaire ou utile d'introduire des principes ou des dispositions autres que ce qu'on avait suivi ou adopté; elle peut être abolie par un usage contraire et tomber en désuétude (2), lorsque les circonstances ont subi un changement assez important pour qu'on puisse s'en passer, ou qu'elles ayent amené la nécessité de suivre d'autres règles de conduite: mais cette abolition, expresse par une loi nouvelle, ou tacite par le non usage ou l'usage contraire ne sont point dans l'essence de la loi ou de la coutume, elles sont au contraire tout à fait exceptionnelles, et il est impossible de se faire une idée nette et précise d'un droit flottant et incertain.

---

(1) Rien de plus positif que ce que dit *Modestin* même à l'égard de la coutume. » Ergo omne jus aut consensus *fecit* aut necessitas » *constituit*, aut *firmavit* consuetudo." L. 40 D. de *Legibus*: il ne connaît pas de fluctuation, mais une autorité précédente.

(1) L. 32 infine D. de *Legibus*.

Mais quand il serait possible de reconnaître la prémisse ou la majeure de l'argument de Mr. de Savigny, que le droit se formant d'après les besoins et les circonstances de la nation et de l'époque, par conséquent devrait être sujet à autant de vicissitudes et de modifications que ces besoins emportent de changemens, la conclusion qu'il en déduit serait-elle fondée? Nous nous permettrons encore de la révoquer en doute. En effet, quelque sujet que le droit puisse être au changement, on ne peut en saisir qu'un seul moment, et dans ce moment quelque circonscrit qu'il soit, ce droit est fixe et indépendant de ce qui l'a précédé, comme de ce qui le suivra. Si la coutume change chaque jour, celle du premier du mois différera de celle du second jour, comme de celle du dernier du mois précédent, mais elle n'en sera pas moins fixe, et il ne sera pas besoin de recourir aux autres phases que peut présenter la disposition. Il faut connaître la formule ou la règle de mouvement, la *fluxion* d'une ligne courbe pour la construire; mais le point dans cette ligne courbe une fois désigné, on peut en reconnaître la distance à tout autre point donné, sans s'occuper de la nature ou de la règle de cette ligne. La *fluxion* cesse, et c'est de cette idée que dépend toute la théorie des extrêmes, dès que la fixité s'établit, ne fût-ce que pour un seul point, ou pour une seule espèce. La comparaison n'est point un argument; mais d'après cette similitude, (qui n'est pas, nous l'avouons, de Mr. de Savigny) celui qui veut étudier la science de la *législation* doit s'appliquer à l'étude historique du droit existant; cette étude est au moins superflue, pour celui qui se borne à con-

naître les dispositions législatives ou coutumières existantes de fait.

Mais si les coutumes ne fournissent pas la base, la matière, ce que Mr. de Savigny nomme l'élément politique (1) du droit, on ne peut se faire une idée nette d'une législation quelconque: c'est sur cette base seule que repose la possibilité de la loi et de son application. Cet élément politique réside dans la nation même, et se manifeste dans la jurisprudence coutumière; né des besoins des individus, des relations existantes, des moyens de communication qui se forment entr'eux, des habitudes individuelles, des besoins, des richesses, des superfluités des habitans, de la situation locale et territoriale du pays, des produits de la nature et de l'industrie des citoyens, du degré de civilisation, en un mot de tout ce qui forme l'état du peuple: cet élément se manifeste dans les transactions qui journellement réunissent les individus et divisent leurs intérêts, dans les opinions des jurisconsultes et des personnes les plus éclairées, dans les jugemens des tribunaux sur ces transactions et leurs conséquences, les devoirs et les obligations qui en résultent: cet élément varie non seulement d'après les circonstances, mais encore d'après le plus ou moins de liberté laissée à l'opinion publique, aux opinions des jurisconsultes, aux décisions des tribunaux; c'est la grande latitude permise, à cet égard, aux jurisconsultes Romains qui a développé en eux cette sagacité que nous admirons encore dans leurs ouvrages, cette promptitude à saisir les

(1) *Vom Beruf* pag. 12, 13 et 14.

espèces, cette lucidité à en développer les différences les plus subtiles, cette conséquence à suivre les mêmes principes jusqu'à leurs résultats les plus éloignés, qui font jusqu'à ce jour reconnaître dans les lois Romaines, et surtout dans le Digeste, composé des fragmens des ouvrages de ces jurisconsultes, cette haute sagesse qui en a fait recevoir les dispositions dans tout le continent de l'Europe, soit directement comme lois positives, du moins subsidiaires, et par conséquent comme la base du droit positif et sanctionné, soit comme préceptes de la raison écrite, ou comme l'a exprimé le conseiller d'Etat Bigot Préameneu, l'expression des sentimens mis par Dieu même dans le coeur des hommes (1). Ce raisonnement nous parait également faux dans sa base, dans sa conclusion et dans l'exemple choisi.

Admettons, pour ne pas trop étendre le champ de la discussion, et pour ne pas être soupçonnés de trop de partialité, la distinction établie par Mr. de Savigny entre l'élément politique et l'élément technique de la législation, et suivons à cet égard tout ce qu'il en a dit. Nul doute que l'élément politique d'une loi ne soit nécessaire, et ne dépende uniquement des circonstances dans lesquelles se trouve le pays auquel la loi est destinée et à celles de la nation qui l'habite. Des lois relatives à des objets qui ne se présentent pas seraient inapplicables et par cela même inutiles, souvent absurdes: il est même, à cet égard, indifférent que la non-existence des objets soit due à une cause physique ou morale: on ne peut rai-

(1) Discours du 24 Août 1807. Savigny *vom Beruf* p. 27.

sonnablement songer à régler les manumissions et l'état des affranchis, dans un pays où l'esclavage est inconnu; les Athéniens, dit-on, n'avaient pas de loi sur le parricide qu'ils jugeaient impossible, et en effet cette loi eût été absurde, jusqu'à ce que l'existence du crime en démontrât la possibilité; les Romains, dit-on également, ne connurent pas le divorce pendant des siècles (1); ils pouvaient se passer de lois relatives aux motifs et aux effets du divorce, ils n'auraient même pu avoir de pareilles lois. Dans les provinces basses et marécageuses du Royaume des Pays-Bas, comme la Hollande ou la Frise, il serait ridicule de s'occuper de la législation sur les mines; dans des pays éloignés de la mer, en Suisse, en Bavière, en Saxe, on n'a que faire des lois sur le commerce maritime. Sans cet élément politique, c'est à dire sans application possible, il n'est pas de loi qui puisse exister, il n'est ni législateur qui la puisse sanctionner, ni juge qui puisse l'appliquer, ni jurisconsulte qui motiverait sur elle son avis.

Mais de ce que la loi doit avoir une base dans la réalité, et qu'elle est ainsi dépendante des circonstances qui peuvent introduire l'esclavage ou le divorce, faire découvrir des mines ou étendre les limites de l'état jusqu'à la mer, s'ensuit-il que cet élément politique soit essentiellement variable et non susceptible de fixité? C'est une

(1) Nous savons que l'introduction du premier divorce par Sp. Carvilius Ruga l'an 522 de Rome (le divorce ayant été inconnu avant cette époque), que l'autorité d'*Aulugelle* avait fait adopter comme point d'histoire, a été révoquée en doute. Nous ne prétendons pas alléguer ce fait comme vrai; la supposition suffit pour le but actuel.

conséquence que nous sommes bien éloignés de reconnaître, et s'il est vrai que les circonstances puissent changer et amener une différence dans l'élément politique de la législation, ces changemens ne sont ni subits et inopinés, ni inhérens à la nature de cet élément; bien au contraire, la stabilité est de son essence, et s'il s'opère des changemens, des révolutions dans la manière d'exister d'une nation, dans ses habitudes et ses relations, cet état n'est qu'accidentel et exceptionnel. Par sa nature même, rien n'est plus stable que l'usage habituel d'une nation; la situation physique du territoire, la nature du climat, les produits du sol, tout ce qui en dessine la physionomie locale est presqu'invariable, le moral d'une nation, son industrie, son commerce, ses relations extérieures, sa civilisation, ses rapports politiques peuvent changer, mais ces changemens sont lents à s'opérer, et leur résultat ne se fait appercevoir qu'après un laps de tems considérable. L'empire d'Autriche a, par l'acquisition du territoire Vénitien, un point de contact avec la mer, déjà même le pavillon Autrichien flotte sur la Méditerranée, et des vaisseaux de guerre de cette puissance se sont fait voir dans les parages de la Grèce et vers le Maroc; mais il s'écoulera des siècles avant que les états qui forment le centre de cette Monarchie, avant que Vienne ou Prague, aient un élément politique, une possibilité d'application pour une législation sur le commerce maritime, et sur la navigation. Il n'est personne qui ait donné le moindre soin à connaître l'histoire, qui ne doive être intimement convaincu de cette vérité.

En supposant même que les usages d'une nation, que

ses besoins et ses circonstances n'offrissent aucune fixité réelle, et que la nation, nomade aujourd'hui, soit agricole demain et commerçante dans quelques jours; que la servitude inconnue entièrement s'y introduise subitement, ou que dans un pays composé de maîtres et d'esclaves, cette distinction s'évanouisse par un affranchissement général et soudain, nous ne pouvons pas plus admettre la conséquence de la variabilité de la loi écrite ou coutumière. La distinction établie par Mr. de Savigny lui même, des élémens politique et technique de la loi, prouve évidemment le contraire. En effet si l'élément politique était si peu stable, comment se formerait une combinaison de cette base politique avec l'élément technique, qui ne peut guères se prêter à toutes les inflexions dépendantes de l'instabilité des circonstances? un élément technique suppose un art quelconque, c'est à dire une réunion de principes et de règles fixes et invariables, du moins par leur nature. La loi devra donc, dans sa propre supposition, être la fixation d'un élément variable, par des règles certaines, susceptibles d'être modifiées, lorsque de grandes altérations exigent un changement, mais exceptionnellement, tandis qu'elles seront, par leur essence même, stables et fixes; cette loi ne sera pas si variable.

La connaissance exacte de l'élément politique du droit, de cette partie que Mr. de Savigny estime variable, est nécessaire à celui qui veut combiner avec cet élément la partie technique, c'est à dire au législateur; mais ce n'est qu'après cette combinaison, ce n'est que lorsque le droit est parvenu à un état de fixité et de stabilité, qu'il de-

vient l'objet des études de celui qui se borne à ce qu'on appelle vulgairement la science du droit, celle des dispositions législatives existantes et obligatoires. Les prémisses même de Mr. de Savigny, quand on voudrait les reconnaître absolument et sans discussion, ce qui n'est pas du tout prouvé ou admissible, ne conduisent donc à aucun autre résultat que celui posé par nous dans le principe, savoir, que l'étude historique du droit nécessaire et indispensable pour la science du législateur, est au moins inutile pour le simple jurisconsulte, pris dans un sens étroit: qu'elle devient même dangereuse pour celui qui ne fesant encore qu'étudier le droit, ne peut avoir des notions assez claires et déterminées pour le garantir de l'embrouillement que peut et doit occasionner dans ses idées, un amas de considérations historiques dont il ne sait pas même apprécier l'influence.

De concessions en concessions on pourrait même aller encore plus loin, et supposer que la loi elle même, la combinaison des élémens politique et technique, serait variable, sans que la méthode historique pût s'en prévaloir. Cette supposition est, par elle même, aussi impossible qu'absurde, comme nous avons déja démontré plusieurs fois, et comme nous ne pouvons nous lasser de le redire; mais lors même que le droit pourrait être variable, lors même que cette qualification ne détruirait pas toute idée de droit, la conséquence en faveur de l'étude historique n'en serait pas avancée, puisque ce n'est pas la variation du droit et la succession de ces dispositions qu'il s'agit de connaître, et qu'on étudie la disposition elle même, ne fût elle que momentanée. Et vainement dirait-on que

dans la variation continuelle et la succession non interrompue des dispositions, il est impossible d'en saisir une seule sans la rapporter à celles qui l'ont précedées, et qu'il faut établir historiquement l'idée de l'objet de la loi, avant de pouvoir comprendre sa disposition à une époque quelconque; cette solution serait encore moins compréhensible que la thèse principale. En effet, si l'objet de la loi n'existe qu'historiquement ou passagèrement, comment pourrait-il se faire que la disposition législative fut jamais stable: l'applicabilité de la loi, ce que Mr. de Savigny nomme son élément politique, disparaîtrait nécessairement et par suite de cette succession continue, au moment même, où la disposition acquiert une force obligatoire. Une loi écrite ou coutumière, sans base politique, sans objet, sans possibilité d'application, est, aux yeux de Mr. de Savigny lui-même, un être de raison, une véritable absurdité: il doit donc admettre la stabilité dans cet élément politique comme dans sa combinaison avec l'élément technique, et dès lors l'existence de la loi comme celle de son objet est donnée, indépendamment de ses variations précedentes ou de celles qui peuvent s'ensuivre. Il est possible de considérer ce moment de stabilité, quelque courte qu'en soit la durée, sans avoir égard aux antécédens; il existe une connaissance pragmatique de la disposition, qui ne dépend pas de l'histoire, et c'est justement cette connaissance qui constitue la véritable science du droit.

Si ces raisonnemens prouvent évidemment contre la théorie qu'ils devaient établir, l'exemple allégué n'est pas plus heureusement choisi. J'observe d'abord que sans rien

vouloir diminuer de l'estime que mérite le droit Romain, et de la haute sagesse qui en a dicté les dispositions, il n'est pas du tout prouvé, il est même historiquement faux, que ce mérite ait jamais déterminé ou influencé le moins du monde l'adoption de ce droit. Après que l'Empire Romain, ce colosse qui avait si longtems pesé sur toute la partie civilisée et connue du monde, se fut écroulé, les invasions des nations Germaniques et Scythes qui, du fond de leurs déserts, vinrent couvrir comme une nuée devastatrice les riches provinces de la domination Romaine, y amenèrent les plus grands changemens; les barbares qui se trouvèrent les maîtres de pays fertiles et civilisés, étaient eux-mêmes dans la stupeur devant les merveilles qu'ils voyaient, et dont jamais ils n'avaient même soupçonné l'existence; ils se trouvèrent trop heureux de conserver aux vaincus leurs lois, et même de les adopter avec quelques modifications nécessitées par leur position singulière et leurs habitudes si différentes de celles des Romains: lors même que, plus avancés dans la civilisation, ils commencèrent à mettre par écrit leurs lois, ils suivirent le seul modèle qu'ils pussent connaître, et ne fesant d'autres changemens que ceux qui étaient indispensables pour leurs usages particuliers, ils devaient se rapprocher autant que possible de la législation Romaine, dans tout ce qui n'était pas entièrement opposé à leurs idées. C'est à ce mélange, et en même tems à cet esprit d'imitation que nous devons l'Edit du Roi Ostrogoth Théodoric, les interprétations d'Anianus, les abrégés du Code Théodosien, des fragmens d'Ulpien, de Paul et d'autres jurisconsultes, ainsi que les fragmens épars

de droit Romain dans les lois des Visigoths, des Lombards, et autres peuples barbares, et surtout dans les soi-disant jurisconsultes de ce siècle de barbarie (1); c'est ce qui a fait passer le droit Romain insensiblement dans les coutumes du continent Européen.

Lorsque plus tard les Papes imaginèrent de donner force de loi à un recueil d'extraits des conciles, à des bulles et ordonnances particulières, à des fragmens des Pères de l'Église, ils ne trouvèrent rien de plus facile que de modèler leur ouvrage sur la compilation du droit Romain, et d'assimiler une partie du Décret au Digeste, les Décrétales au Code, et les dispositions postérieures aux Novelles; ils crurent de plus, donner une autorité plus respectable, du moins plus incontestable, à ce recueil en y insérant des fragmens des anciens jurisconsultes Romains, et des constitutions Impériales (2): ce fut une nouvelle raison pour faire passer, dans les coutumes de tous les pays de l'obédience du St. Siège (3), les dispositions législatives de Justinien et de ses prédécesseurs.

Enfin, lorsque Charlemagne eut étendu son pouvoir sur la plus grande partie de la France, sur toute l'Allemagne et les Pays-Bas, ainsi que sur l'Italie, qu'il eut égale-

(1) Il suffit d'indiquer les livres connus sous le nom de *breviarium Alaricianum; Incertus auctor de beneficiis* (dans le recueil des *leges barbarorum antiquae* de Canciani. Vol. III; p. 113. *Petri liber, de exceptionibus ou exceptiones legum Romanorum*, publié par Mr. de Savigny à la suite du 2me volume de son ouvrage, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter.* La *lex Romana*, dans le recueil de Canciani. Vol. IV, p. 469.

(2) Savigny, *Geschichte des Römischen Rechts.* Tom. 2, Ch. 15.

(3) L'Angleterre seule a toujours fait exception à cette règle en refusant de recevoir le droit Canon.

ment assujetti quelques provinces de l'Espagne et même de la Hongrie, il crut ne pouvoir mieux affermir sa domination et légitimer sa puissance, qu'en se fesant sacrer Empereur à Rome. En prenant le titre des Césars et des anciens dominateurs Romains, titre qui, depuis et jusque plus de mille ans après son sacre, est demeuré attaché à la couronne d'Allemagne, il désira se faire passer pour le continuateur du pouvoir des Empereurs Romains; et depuis ce tems, les Empereurs qui se disaient Romains, et se fesaient sacrer à Rome, lors même que leur puissance fut à la fin bornée à la seule Allemagne, se regardèrent comme les successeurs de Jules César et d'Auguste. Les lois émanées de l'autorité de ceux qu'ils regardaient comme leurs prédécesseurs devaient naturellement être considérées comme obligatoires, à moins qu'elles ne fussent abrogées par des lois postérieures, et c'est ainsi que, dans l'Empire de Charlemagne et de ses successeurs, les lois Romaines devinrent lois du pays. Après l'extinction de la race carlovingienne, les nouveaux souverains de l'Allemagne continuèrent leurs prétentions à la succession des Césars de Rome; ils se fesaient sacrer à Rome, lors du moins que les querelles avec le St. Siège leur en laissaient la faculté; ils continuèrent à prendre exclusivement le titre d'Empereur, et à s'arroger une suprématie sur tous les potentats de l'Europe. Cette idée de continuation de l'Empire Romain, qui a fait passer dans le recueil vulgairement appelé le corps du droit Romain ou civil plusieurs dispositions ou novelles des Empereurs Lothaire, Henri, et Frédéric Barberousse, ainsi que le livre des fiefs, a également donné force de loi, non seulement

aux compilations sanctionnées par Justinien, mais aussi aux constitutions des Empereurs Grecs Justin, Tibère, Léon, et leurs successeurs (1). C'est par là que le droit Romain s'est établi et conservé comme droit écrit, comme droit subsidiaire et comme base du droit positif.

Ce n'est donc point à la reconnaissance de son mérite, ce n'est qu'à des circonstances qui n'ont aucun rapport aux dispositions de ce droit, que le droit Romain doit sa conservation et son influence sur le continent de l'Europe. Respecté comme loi positive, ou ayant servi de base et de modèle à toutes les législations écrites ou coutumières, son autorité a été généralement reçue: objet des travaux scientifiques de tous ceux qui, pendant plusieurs siècles, se sont occupés de la connaissance des lois, c'est dans les dispositions de ces lois qu'ont été puisées, toutes les idées qui composent la science du droit, chez toutes les nations continentales de l'Europe: et nous aurons peut-être l'occasion de dire un mot de l'influence de ce droit même en Angleterre, où il n'a jamais été reçu directement et ostensiblement.

Je suis bien éloigné de vouloir disputer au droit Romain cette haute sagesse qui depuis des siècles l'a fait

(1) Aussi ce qu'on appelle communément le corps de droit Romain contient les Institutes, le Code, le Digeste, les Novelles et les Édits de Justinien; quelques Novelles des Empereurs Grecs Justinien, Justin II, Tibère II et Léon, de Héraclien, de Nicéphore, de Théophile, de Constantin Porphyrogennète, des Comnènes, même de Michel Paléologue, les livres des Fiefs avec des constitutions des Empereurs Frédéric Barberousse et Henri VII, enfin la paix de Constance conclue entre l'Empereur Fréderic 2, son fils Henri et des nobles et seigneurs Allemands et Italiens en 1180.

regarder comme la carrière, où tous les jurisconsultes sont venu prendre les matériaux dont ils avaient besoin, quoique dans l'espèce de culte qu'on a porté à ce droit, on ne puisse méconnaître un peu de cette exagération qui caractérise les opinions des premiers restaurateurs des lettres en Europe, et que l'ardeur des Glossateurs, des raisons individuelles propres à la plûpart des jurisconsultes, et d'autres motifs ont perpétuée jusqu'à nos jours: je suis également éloigné de méconnaître la grande utilité pratique de ce droit, utilité due cependant en grande partie aux travaux stériles des Glossateurs, qui se sont attachés au texte dans toutes ses minuties; des littérateurs qui ont éclairé les mots et les expressions par une critique saine, et qui cependant ne sont pas eux-mêmes exemts d'exagération; enfin des commentateurs de toute espèce qui ont répandu sur l'ensemble de ce droit et chacune de ses parties, une lumière vive, tous moyens par lesquels le corps du droit Romain est, de tous les livres existans, (peut-être même encore plus que l'Écriture sainte ou à son égal) le plus connu, tant par rapport à la forme qu'au fond; mais il peut être utile au but que nous nous proposons en ce moment, d'examiner la vérité de la conséquence que Mr. de Savigny veut tirer du mérite des lois Romaines, surtout du Digeste; peut-être trouverons nous que cet exemple même prouve pleinement contre lui.

Les jurisconsultes Romains, dit Mr. de Savigny (1), et c'est ce qui fait le grand mérite du Digeste, n'avaient pas l'habitude de suivre aveuglement le texte de la loi;

(1) *Vom Beruf.* pag. 29 et suiv.

ils reconnaissaient pour base du droit la relation existante des devoirs et des obligations; formant eux-mêmes ce droit, ils étaient indépendans des paroles d'un législateur, ils n'étaient pas liés et garottés dans leurs opinions (1). Leurs définitions sont pour la plûpart fort peu exactes; (2) c'est qu'ils s'attachaient plus à la chose qu'au nom, et malgré le défaut de la définition, l'idée de la chose elle même est présente à l'esprit du jurisconsulte et se dessine avec une netteté et une précision exemplaires: est-il consulté sur une espèce, il commence par en exposer les faits avec une lucidité et une clarté méthodique, et sa langue lui sert à merveille pour cet exposé; ensuite, sans s'embarrasser de poser des règles ou d'alléguer des autorités, il examine cette espèce, et remonte de l'individu à la règle générale et aux modifications dont elle est susceptible. Cette méthode, cette expression du langage, l'équité des décisions se rattache aux tems de liberté; elle est due à ce que le jurisconsulte pénétré de sa vocation s'élevait au rang de législateur. Nous admettons volontiers tout ce que dit Mr. de Savigny sur le mérite des ouvrages des jurisconsultes Romains, mais nous en déduirons une conséquence entièrement opposée, et nous estimons que ce grand mérite, indépendamment de quelques autres raisons particulières, est dû à ce qu'au lieu de s'abandonner à une étude historique, qui ne peut conduire à une véritable connaissance du droit, c'est au contraire la méthode pragmatique qu'ils suivaient, et ils s'attachaient à connaître et à appliquer les lois existantes.

(1) *Vom Beruf.* pag. 34.
(2) Ibid. pag. 29. in fine.

D'abord, les jurisconsultes Romains n'étaient pas dépourvus de bases solides pour le droit qu'ils enseignaient, ou dont ils énonçaient les dispositions. La loi des douze tables, quoiqu'elle appartienne aux tems, et même aux tems reculés, de la République, et quoique les jurisconsultes dont nous connaissons les ouvrages en tout ou en partie soient tous du tems des Césars et Empereurs Romains, cette loi écrite et très positive était regardée comme en pleine vigueur, et Ulpien recourt assez souvent au texte comme aux dispositions de cette loi; quelquefois les termes dont s'est servi le législateur deviennent l'objet des recherches et des discussions entre les jurisconsultes, afin de mieux en saisir le sens (1). D'autres lois célèbres, comme la loi Julia et Papia Poppaea, ont trouvé des commentateurs, et le Digeste est plein de fragmens des ouvrages d'Ulpien et de Paul sur cette loi si importante; des fragmens de cette loi s'y retrouvent, dont le jurisconsulte cherche et fixe le sens (2). Les fragmens des jurisconsultes contiennent un bon nombre de rescrits, d'Édits et de Sénatus-consultes, qui étaient également des lois écrites; enfin leurs ouvrages principaux sont des commentaires sur l'Édit perpétuel rédigé sous l'Empereur Hadrien, et sur les Édits perpétuels des Édiles, ou autres magistrats, et les allégations des propres mots du préteur sont si fréquentes qu'on est parvenu à rétablir et

(1) L. 233 et suiv. D. *de Verb. Sign.* ces six lois sont tirées d'un ouvrage de Gajus (qui vivait au 2ème siècle) sur la loi des douze tables.

(2) V. entr'autres L. 44. D. *de ritu nuptiarum.* L. 11. D. de *divortiis.*

à restaurer dans les fragmens du Digeste une partie très considérable de cet Édit perpétuel, et d'assigner l'ordre et la marche de cet Édit (1). Bien loin d'abandonner le texte des lois, l'étude littérale de ce texte était regardée par les jurisconsultes Romains comme le premier et le plus sûr moyen de connaître le droit, c'est à dire la disposition législative, et d'en assurer l'application : c'est Modestin lui-même qui nous l'apprend, et qui raisonne à cet égard tout comme ferait de nos jours celui qui étudie le droit pragmatiquement (2); cependant les Romains s'occupaient de l'histoire de leur droit (3), et ce qui est bien plus décisif contre la méthode historique, c'est qu'elle ne leur était pas inconnue, mais qu'ils la proscrivirent, en partie comme inutile, parcequ'il est impossible de rendre raison de toutes les lois (4), et plus encore comme pouvant faire révoquer en doute ce qui est certain et indubitable (5). Aussi voyons nous ces jurisconsultes toujours attachés à la lettre de la loi, et même des interprétations anciennes (6), et ils ne peuvent être exemts

---

(1) L'edit perpétuel restauré par le Dr. Ranchin de Montpellier se trouve dans les digestes de Pothier Vol. I. pag. CLXXXI.

(2) » Apponam dicendorum narrationi etiam ipsa legum verba si » necesse erit, ut dicendorum simul et legendorum usum habentes » integritatem indigentibus et utilitatem praebeamus." Modestin, L. I. § 1. D. *de Excusat.*

(3) V. la L. 2. D. *de Origine Juris.*

(4) » Non omnium quae a majoribus constituta sunt ratio reddi po» test." Julian. in L. 20. D. *de Legibus.*

(5) » Et ideo rationes eorum quae constituuntur inquiri non opor» tet, alioquin multa ex his quae certa sunt subverterentur." Neratius. in L. 21. D. *de Legibus.*

(6) L. 51. § 1. D. *ad. Leg. Aquiliam.*

du blâme de raisonner *ex vinculis*, si véritablement ce reproche peut être fait sérieusement.

Les jurisconsultes Romains, ceux particulièrement qui avaient obtenu le privilège exclusif de donner des consultations (1) à Rome, étaient des savans qui, en général, avaient reçu une éducation scientifique à laquelle dans ce tems, appartenait surtout l'étude de la philosophie grecque et de ses différentes écoles; la plupart étaient stoïciens, mais tous étaient philosophes. A Rome, dans la capitale et le centre du monde connu, où siègeaient les tribunaux les plus élevés de l'Empire, où on pouvait porter ses plaintes sur la conduite des gouverneurs et magistrats des provinces, où l'Empereur lui-même tenait ses conseils et rendait la justice ou la fesait rendre par le préfet du Prétoire, les procès et les consultations devaient refluer des parties même les plus éloignées du monde civilisé. Constantinople réunissait plus tard les mêmes avantages. L'expérience ne pouvait manquer, et les jurisconsultes devaient acquérir un tact exquis pour saisir les nuances qui distinguaient les espèces, et leurs nombreuses occupations leur fesaient un besoin d'économiser le tems, et d'abréger autant que possible toutes les longueurs. Ces jurisconsultes appelés à siéger dans les premiers tribunaux, dans les conseils même du Souverain, chargés souvent des fonctions les plus importantes et les plus délicates (2), apprenaient à voir en grand les

(1) § 8, Inst. *de Jure naturali.*

(2) Tryphonin, Papinien, et Paul étaient conseillers d'Etat; Ulpien était préfet du Prétoire et le Ministre de la justice de l'Empereur Alexandre; Papinien préfet du Prétoire et allié de l'Empereur Sévère, était chargé de l'éducation de ses enfans.

espèces individuelles qui se présentaient; concourant souvent et toujours à portée de concourir à la première réquisition, à l'oeuvre du législateur, initiés dans les secrets de sa politique et dans ses vues d'administration, ils s'attachaient à distinguer dans chaque espèce ce qui en constituait l'individualité ou le genre: ils voyaient, non comme la plupart des avocats de nos jours, ou comme de simples praticiens, mais en philosophes théoriques et pratiques, en législateurs. Il n'est pas étonnant qu'ils aient adopté une méthode plus large et plus utile, pour détailler les circonstances et les caractères de chaque espèce. D'ailleurs, gardons nous de croire que tous les jurisconsultes Romains de l'époque la plus brillante aient eu le même succès: sans doute les talens n'étaient pas égaux, et si le plus grand nombre qui a échoué nous est inconnu, c'est que le tems n'a pas épargné leurs travaux, et qu'on n'a conservé que les écrits de ceux qui méritaient une distinction particulière. De tous ceux qui ont donné des consultations, ou écrit des commentaires sur les lois de la République ou celles des Césars, depuis Tiberius Coruncanius jusqu'à Florentin, pendant un espace de six ou sept siècles, à peine avons nous des fragmens d'ouvrages d'une cinquantaine de jurisconsultes (1): tous les autres sont entièrement perdus, peut-être parce qu'ils ne méritaient pas les soins et les distinctions conférées aux autres. Entre les jurisconsultes dont nous connaissons les ouvrages en tout ou en partie, tous ne jouissaient pas d'un crédit et d'une autorité égale, et

(1) Jacques Godefroy n'en compte que quarante.

Papinien était le plus estimé (1). Souvent ces jurisconsultes émettaient des avis opposés; indépendamment des théories et des écoles différentes, ils n'étaient pas au dessus des défauts les plus communs, et le jurisconsulte Paul a souvent été accusé d'une jalousie et d'une injustice manifeste envers Ulpien (2). Ce n'est donc pas des jurisconsultes Romains en général qu'on peut juger, d'après les fragmens que renferme le Digeste, mais de leur élite, d'un petit nombre qu'on doit regarder comme ceux qui avaient le plus de droits à cette distinction; encore ne sont-ce pas tous leurs ouvrages que nous connaissons, même par fragmens, et il est très probable que sur les ouvrages des jurisconsultes les plus estimés, Tribonien n'a encore extrait que ceux qui étaient réputés les meilleurs (3). Il suit de cette observation, que ce n'est pas seulement dans les circonstances de l'époque, qu'il faut chercher les motifs de l'excellence des fragmens que contient le Digeste, mais aussi dans le choix et le triage qui en a été fait.

Indépendamment des talens de ceux des jurisconsultes dont des fragmens se sont conservés, de l'expérience qu'ils devaient avoir acquise, et qui leur servait à saisir promptement et facilement les caractères distinctifs de chaque espèce, de leurs nombreuses occupations qui les engage-

(1) L. Un. Cod. Theodos. *de responsis Prudentium* (Lib. I. T. 4.)

(2) V. La vie de Jules Paul dans les vies des jurisconsultes de Bertrand.

(3) De même, dans les Institutes, Tribonien s'est particulièrement occupé des Institutes de Gajus qu'il a nommé, quoiqu'on trouve dans le Digeste des fragmens des Institutes de Florentin, de Paul, d'Ulpien, de Callistrate, de Martian.

aient à rechercher la brièveté des expressions, ils avaient l'avantage inappréciable d'écrire dans une langue entièrement fixée, et dont la précision favorisait particulièrement la concision jointe à la pureté et à la clarté. La langue Latine est, de toutes les langues connues, celle qui se prêtait le plus à exprimer les idées purement, nettement, avec concision et sans équivoque ou double entente; dans les langues modernes, ce n'est que dans le Midi de l'Europe qu'on peut retrouver ces qualités, et la langue Française est de tous les idiomes actuels celle qui se rapproche le plus de la précision, de la brièveté et de la clarté du Latin. Ce n'est qu'en Latin, que Tacite a pu rendre les idées les plus spirituelles et les plus profondes d'une manière si nerveuse et peut-être trop concise; et s'il est vrai que le Latin plus que le Français, admet les phrases longues et cadencées, au moyen desquelles Cicéron, dans son stile oratoire, réunissait à l'idée principale des accessoires, des périphrases, des parenthèses qui embarrasseraient la période en Français, du moins n'y a-t-il que la langue Française (1) en Europe, qui puisse transmettre des idées simples aussi énergiquement, et avec aussi peu de circonlocution et de vague que la langue Latine. Les jurisconsultes Romains connaissaient et appréciaient cet avantage de leur langue sur le Grec, plus fleuri et plus propre à des idées poétiques et aux mouvemens oratoires, mais dont,

(1) L'Italien peut bien présenter les mêmes avantages pour la prose; mais les circonstances politiques, qui de tous tems ont pesé sur l'Italie, n'ont pas permis à ce pays de se former une langue législative.

peut-être par cette raison même, les expressions étaient moins fixes, moins arrêtées, moins tranchantes et par conséquent moins propres à transmettre les idées de droit et d'obligation (1). Le Grec est plus propre à combiner plusieurs idées en un seul mot par la composition même de ce mot, et dans une même phrase par la cumulation des adjectifs, des participes et des parenthèses: les mots et les périodes en deviennent plus longs et plus remplis d'idées, d'images, de comparaisons, mais elles ne peuvent demeurer aussi claires et précises, que lorsque chaque mot se borne à une idée seule et que chaque période est plus coupée. Plusieurs langues modernes présentent des avantages semblables, mais elles ne sont en même tems pas exemtes des défauts correspondans (2). D'autres langues sont moins formées et arrêtées par l'usage des auteurs classiques, et leur moindre aptitude au langage du droit se manifeste par le cumul des synonymes, ou dénominations correspondantes, afin de suppléer, par cette énumération, au défaut du mot simple qui caractérise le genre (3). Les jurisconsultes Romains, par leur genre d'éducation, par le rang qu'ils occupaient, par la supériorité de leurs talens, devaient être maîtres de leur langue: aussi les philosophes n'ont-ils pas manqué de leur rendre justice, et un grammairien du tems de la

(1) » Faciam autem, quoad possibile erit, de his doctrinam mani» festam, enarrans legalia Graecorum voce, etsi cognovero inepta ea ad » transferendum esse." *Modestinus*, in L. 1. § 1. D. *de Excusationibus*.

(2) C'est ce qu'on peut remarquer particulièrement au sujet de la langue Allemande.

(3) Les lois Anglaises et Hollandaises en offrent des exemples frappans.

restauration des lettres a prétendu que, si tous les classiques Latins avaient été perdus, les fragmens des ouvrages des jurisconsultes, que renferme le Digeste, auraient seuls suffi pour connaître la langue Latine (1).

Enfin nous n'avons jamais pu rencontrer les preuves de cette indépendance des jurisconsultes Romains que prône Mr. de Savigny, et dans laquelle il croit trouver le motif de leur mérite: bien au contraire, dans notre manière de voir, ces jurisconsultes se sont montrés bien et intimément pénétrés de leur vocation, par la soumission aveugle aux dispositions législatives, lors même qu'ils en reconnaissaient l'injustice ou les défauts, et par l'observation la plus scrupuleuse de toutes ces dispositions. C'est pourquoi, et la fréquence des fragmens qui attestent cette vérité est trop connue pour en donner des exemples, les jurisconsultes dans les commentaires sur l'Édit, commencent toujours par citer le texte même du préteur, et en suivent chaque parole, chaque expression, pour en connaître le véritable sens; ils s'attachent à rendre plus claire l'intention du préteur, en donnant sur chaque mot du texte des exemples, des règles, des limitations, et c'est ainsi que l'explication des propres paroles du législateur suffit pour établir leur théorie entière. J'ouvre les Digestes au titre de l'Édit des Édiles, magistrats bien inférieurs au préteur, et je retrouve la même marche: Ulpien, après une remarque préalable sur la fonction des édiles, rapporte le texte entier de la loi; il commente ensuite chacune des expressions, et loin

(1) C'est l'opinion de Laurentius Valla.

de s'abandonner à ses propres idées, à des considérations générales d'équité, il les suit littéralement et dans l'ordre proposé (1). La même chose se retrouve lorsqu'un jurisconsulte commente une loi, un sénatus-consulte, une constitution Impériale (2). Cet examen scrupuleux du texte est prouvé à l'évidence par les règles générales qu'ils s'étaient formées sur l'interprétation exacte de quelques mots et expressions (3), même de quelques formes grammaticales (4), qui revenant souvent dans le texte de la loi, des édits et des autres dispositions législatives, prêtaient à une interprétation fixe et permanente: plusieurs de ces règles ont été recueillies séparément par Tribonien dans une espèce d'appendice au Digeste (5).

S'agit-il de résoudre une question proposée, le jurisconsulte commence par exposer avec clarté, mais succinctement l'espèce; il rapporte ensuite le texte de la loi

(1) Cette marche n'est pas particulière à Ulpien, on la retrouve dans Julien in L. I. D. *de his qui notantur infamiâ*, et chez tous les autres jurisconsultes.

(2) L. 2. D. *ad Leg. Aquil.* L. 2. § 1 *et* 2. D. *ad Senatus consultum Vellejanum;* L. 1. § 27. D. *de Quaestionibus.* Ce qui prouve la généralité de ce que nous avançons est que la première de ces lois est de Gajus, les deux autres d'Ulpien.

(3) » *Vestis* appellatione tam virilis quam muliebris et scenica, » etiam si tragica aut citharoedica sit, continetur." *Calistratus*, in L. 127. D. *de Verb. Sign.* » Detestari est absente denuntiare." *Paullus* in L. 39. § 2. D. *eod. tit.* » Hereditas nihil aliud est quam suc» cessio in universum jus quod defunctus habuit." *Julianus* in L. 62. D. *de regulis juris.*

(4) » Verbum hoc *si quis* tam masculos quam feminas complec» titur." *Ulpianus.* in L. 1. D. *de Verb. Sign.* » Verbum *Oportebit* tam » praesens quam futurum tempus significat." *Paullus* in L. 8. D. *eod. tit.*

(5) Dans les titres *de Verborum Significatione, et de regulis juris.*

ou la règle générale et le principe qu'il estime applicable; il recourt très souvent à l'autorité des auteurs qui ont traité avant lui de semblables questions, et à celle des consultations d'autres jurisconsultes; enfin il termine sa consultation en énoncant son opinion particulière, qui très souvent est donnée à la troisième personne, comme si un tiers aurait recueilli cette opinion. Cette marche est la plus générale, et lorsqu'il s'agit de questions graves (1) qui ont été l'objet d'une discussion dans un tribunal ou dans une réunion de jurisconsultes, il rend compte des différentes opinions et des argumens employés par chacun, pour motiver son avis (2). Nous ne nous rappelons pas un seul exemple d'un jurisconsulte qui ait décidé une question ardue, sans remonter à des principes légaux ou généralement reconnus comme dérivés de la loi.

Enfin, et c'est bien la preuve la plus convaincante du respect aveugle des jurisconsultes Romains pour la lettre de la loi, bien même qu'elle se trouve en opposition directe avec les moeurs et les besoins d'une époque postérieure, il n'est guère de jurisprudence plus féconde en fictions de droit que celle des Romains: or, qu'est-ce qu'une fiction de droit? C'est un moyen de soustraire à l'application de la loi quelques espèces qui lui étaient

(1) C'est particulièrement à ces questions que sont consacrés les ouvrages des jurisconsultes intitulés *Quaestiones:* or le Digeste rappelle des questions de Paul, de Papinien, d'Africanus, de Scévole, de Callistrate. *Bynkershoek, Libr. sing. ad l. Lectam.* Cap. 1.

(2) On en trouve un exemple dans le fragment de Paul L. 40 D. *de rebus creditis.* Un autre dans un fragment du même jurisconsulte. L. 38 D. *de minoribus*, où l'Empereur jugea contre son opinion.

soumises, ou d'y soumettre des cas qui ne tombaient pas directement sous les expressions du législateur, sans violenter le sens littéral : et les jurisconsultes Romains étaient singulièrement ingénieux pour inventer des stratagèmes par lesquels, sans s'écarter de la stricte observation de la loi, on en évitait les conséquences nuisibles, dangereuses ou trop rigoureuses, celles qui ne convenaient plus à l'époque, ou pour suppléer au silence de la loi expresse et pour l'étendre à des cas qu'elle n'avait point prévus. L'ancien droit Romain, celui consacré par la loi des douze tables, donnait au citoyen père de famille un droit illimité sur la personne de ses enfans, droit qui s'étendait même plus loin que celui d'un maître sur ses esclaves; ce même droit donnait au citoyen la faculté illimitée de disposer de ses biens par dernière volonté, et assimilait le testament solemnel à la loi. Les moeurs dures et simples de cette époque s'étant insensiblement adoucies et relâchées, on commença à sentir la dureté de l'exhérédation, et l'obligation du père à ne pas priver ses enfans de ses biens après son décès; mais la loi était là, inflexible et impassible : aucun jurisconsulte, aucun magistrat n'aurait osé s'en écarter, tant ils étaient liés par cette autorité imposante. On eut recours à une fiction pour rapprocher la loi des besoins de l'époque, en feignant de croire que le père qui, usant du droit de déshériter son fils, avait blessé les devoirs moraux et l'obligation morale qui le liait à sa postérité, qui avait fait un testament inofficieux, n'était pas dans son bon sens (1); et

(1) L. 2, 3, 4. D. *de inofficioso testamento.*

le testament inofficieux était cassé, non parcequ'il excédait les bornes de l'autorité du père et du testateur, mais parce qu'on supposait que ce testament n'était pas l'œuvre de la volonté libre et saine du père. Loin de changer la loi, loin de se constituer en législateur, le jurisconsulte obéissait aveuglément, et lorsqu'il attaquait le testament comme inofficieux, il n'en rendait pas moins hommage à la disposition de la loi des douze tables sur la puissance paternelle, qu'à celle sur l'étendue du pouvoir de tester. La loi Romaine ne connaissait et n'admettait d'autre mode de s'obliger que la stipulation, c'est à dire une promesse verbale faite dans des termes sacramentels, desquels on ne pouvait s'écarter, et ces termes excluaient l'intervention d'un tiers: lorsqu'on crut convenable que les tuteurs fournissent une caution pour leur gestion, il fallut inventer un moyen pour que les pupilles, qui par leur âge étaient incapables de s'obliger ou d'acquérir une obligation, pussent devenir les ayant-droit à l'obligation des cautionnaires. Une autre disposition de la loi attribuait au maître tout ce que pouvait acquérir l'esclave, ce fut donc à un esclave du pupille que s'obligeait le cautionnaire du tuteur, et si le pupille n'avait ni esclave, ni moyens d'en acheter un, la stipulation était faite à un tabellion ou esclave public, lequel étant censé appartenir au pupille, comme à tout autre citoyen, pouvait acquérir l'obligation pour son maître (1).

Les préteurs, premiers magistrats de l'ordre judiciaire à Rome, affichaient la même soumission, le même respect

(1) L. 1, 2, 3 et 4. D. *rem pupilli salvam fore.*

aveugle pour le texte de la loi; et si par la suite ils s'arrogèrent une partie du pouvoir législatif, si on leur reconnut le droit de suppléer aux lacunes, de corriger les défauts et d'adoucir la rigueur de la loi, cependant ils ménageaient scrupuleusement tout ce qui aurait eu l'apparence d'innovation. La loi des douze tables avait fixé soigneusement la succession ab intestat et par testament, elle avait reconnu le droit illimité du testateur, et à défaut de dernière volonté elle avait établi un ordre de succession agnatique: lorsque par la suite des tems ces dispositions ne furent plus en harmonie avec les usages et les besoins d'une société plus civilisée, les préteurs désirèrent changer cet ordre de succession, mais ils respectaient trop le texte de la loi, pour priver de la succession celui qui était appelé comme héritier institué ou légitime; ils lui laissèrent le titre et l'honneur stérile d'être héritier, mais ils donnèrent à un autre la possession des biens, c'est à dire tout l'avantage de la succession (1): tant était grand le respect que les préteurs mêmes portaient aux termes de la loi.

A côté de ces fictions du droit, et comme leur complément nécessaire, paraissent dans le droit Romain les actions dites *utiles* et celles *in factum* accordées par le préteur ou même par l'usage seul, pour les cas auxquels la loi paraissait devoir s'étendre, quoiqu'elle ne les eût pas clairement exprimés, et dans lesquels par conséquent l'action *directe* en vertu de la loi ne pouvait être admise. La loi Aquilienne accordait une action en dom-

(1) *Principio* Inst., *de possessionibus*.

mages-intérêts à celui qui avait souffert du détriment par le fait d'autrui, mais la loi avait spécifié les cas, et au nombre de ces cas était celui des coups et blessures faites à un animal; mais si les blessures n'avaient pas été faites directement, si, par exemple, on s'était borné à chasser des boeufs dans un endroit borné où ils s'étaient blessés eux-mêmes, la loi était muette, mais la pratique (*usus fori*) introduisit une action *in factum* (1): même respect envers l'Édit du préteur à l'égard de celui de l'appartement duquel des objets ou des immondices avaient été jetées sur les passans (2). — Les jurisconsultes Romains, comme nous venons de le démontrer, étaient aveuglément soumis à la lettre de la loi, et si c'était un reproche que de raisonner *tamquam ex vinculis*, ce serait principalement à eux qu'il devrait s'adresser: ils ne s'attachaient qu'à la loi, et regardaient comme inutile et même dangereuse la recherche trop minutieuse des motifs et de l'historique de la loi; ce n'est donc pas de leur autorité que peut s'appuyer l'école dite historique, et malgré tout le poids de l'opinion de Mr. de Savigny, l'exemple de ces jurisconsultes et le rare mérite de leurs ouvrages nous démontre que, pour posséder la science du droit, il faut s'attacher à connaître le texte des lois existantes, à en étudier les paroles, à en peser les expressions, pour en bien saisir le sens: qu'ensuite il faut s'appliquer à la connaissance exacte de chaque espèce, et des moindres détails qui puissent servir à la caractériser; laquelle espèce doit ensuite être subordonnée aux notions fournies par

(1) L. 53. D. ad L. *Aquiliam.*

(2) L. 1. § 4. D. *De his qui dejecerunt.*

la loi, aux principes généraux sanctionnés, ainsi qu'aux limitations également établies par le texte de cette loi. Si le jurisconsulte s'appercevait que l'application rigoureuse de la loi entrainerait des iniquités révoltantes, ou amenerait des conséquences dangereuses ou étrangères aux moeurs, aux besoins de l'époque, il doit tâcher de trouver des expédiens, afin de prévenir ces inconvéniens, expédiens qu'il ne peut chercher et rencontrer que dans d'autres dispositions législatives, applicables à cette même espèce, presentée sous un point de vue différent (1).

Suivons donc, comme le désire Mr. de Savigny, ces grands maîtres, dont nous n'approcherons pas à raison de la vaste différence qui existe dans nos relations, et parceque, dans nos tems modernes, le monde civilisé n'a point une capitale unique, dans laquelle viennent se réunir les discussions importantes du monde entier, que le nombre des jurisconsultes qui s'occupent de ces questions n'est point limité, que ces jurisconsultes ne sont pas appelés à siéger dans les tribunaux dont ressortissent tous les pays policés, et dans les conseils du souverain unique, et où par conséquent ils n'ont pas la même occasion d'acqué-

(1) Nous venons de parler du testament inofficieux. Le droit de postliminie, par lequel un captif retourné dans ses foyers était censé n'avoir jamais été absent, ni privé de sa liberté; la fiction de la loi Cornélienne, que le captif décédé pendant sa captivité est censé mort du moment où il avait perdu ses droits civils, sont de même nature, et tendent à maintenir en vigueur les actes et testamens des militaires exposés à perdre à la guerre leur liberté politique et civile, et lesquels, d'après le texte exprès de la loi, devaient être nuls du moment que le captif aurait cessé d'être libre et citoyen. L. 16 § 18. D. *de captivis.*

rir un trésor de connaissances théoriques et pratiques aussi étendu, mais dont nous pouvons adorer les vestiges; et suivons les dans la méthode qu'ils nous ont transmise, qu'ils ont pratiquée, qu'ils ont illustrée. Cette méthode nous croyons l'avoir indiquée, et si nos raisonnemens ne nous ont pas trompé, c'est non la méthode dite historique, mais celle ci-dessus désignée sous le nom de *pragmatique*, qui place, au dessus de tout, le texte littéral de la loi dont elle examine et compare soigneusement chaque mot et chaque expression, pour en découvrir le véritable sens et l'intention du législateur, qui n'exige de connaissances historiques, qu'autant qu'il est rigoureusement nécessaire pour comprendre les mots employés par le législateur, et les formes qu'il préscrit ou prohibe, autant de connaissances littéraires, qu'il en faut pour bien et dûment saisir la véritable signification des expressions (1), et qui du reste, au risque d'encourir le reproche de raisonner dans une gêne perpétuelle (2), ne substitue pas ses raisonnemens à la volonté du législateur, son équité prétendue aux dispositions de la loi (3), et l'étude des antiquités de l'histoire et de la littérature,

---

(1) Ceci ne se rapporte qu'au droit Romain et autres lois écrites dans une langue morte et savante: la loi rendue dans la langue du pays doit être simple dans ses expressions et intelligible à tous ceux qu'elle oblige.

(2) *Tamquam ex vinculis sermocinari*, dit *Bacon* et répête souvent Mr. de Savigny.

(3) *Pr.* Inst. *de Officio judicis.* V. aussi la 13ème Mercuriale de Daguesseau dans ses oeuvres, vol. 1 pag. 154 et suiv. *Stulta videtur sapientia quae lege vult sapientior videri*, disait d'Argentré Bouhier *Observ. sur la coutume de Bourgogne*, Ch. 2. No. 48.

à celle des lois (1). Et dans cette disposition, quelle que puisse être notre vénération pour Papinien, pour Gajus et les autres jurisconsultes qui se distinguent particulièrement entre l'élite de ceux qui ont illustré le droit Romain, entre ceux dont les écrits ont obtenu l'honneur insigne de servir à la composition du Digeste, respectons encore plus aveuglément le législateur Justinien ou plutôt Tribonien, et en lui rendant ce que lui devait tout sujet de l'Empire, préférons ce qu'il a jugé mériter sa sanction à toute l'érudition et le savoir qu'il a rejeté.

Afin de mieux éclaircir cette question importante, dont dépend en grande partie le jugement sur la méthode qu'il convient de suivre dans l'enseignement de la science du droit, jetons un coup d'œil sur la marche entière de la législation Romaine, et sur le caractère distinctif de celle qui a fixé l'état de ce droit, sur les lois de Justinien. Nous ne craignons pas d'entrer dans cet examen, persuadés que chaque pas que nous ferons dans cette histoire servira à convaincre tout esprit impartial, que l'étude du droit est, et doit être, entièrement séparé des recherches historiques, lesquelles quoiqu'éminemment utiles pour la science de la *legislation*, ne peuvent qu'embarrasser celui qui n'a point encore de notions fixes sur la législation positive, et par conséquent embrouiller et confondre l'étudiant en *droit*, avant qu'il n'ait eu le tems de reconnaître le but auquel doivent tendre ses efforts (2).

(1) Loin de nous l'idée de vouloir qu'un jurisconsulte ne connaisse ni l'histoire ni la littérature; seulement il ne doit pas substituer ces sciences à la connaissance des lois : nous sommes dans la nécessité de souvent revenir sur cet abus.

(2) Si je ne me trompe dans ma manière de voir, les études

Il est inutile de nous occuper des lois rendues par les Rois de Rome et dans les premiers tems de la république : il est clair que la plus grande partie de ces lois ne pouvait, dans une société à peine naissante, se rapporter qu'à l'administration et à la forme du gouvernement entier, ou tout au plus à un petit nombre d'objets de première nécessité dans l'enfance de la cité : d'ailleurs les connaissances que nous avons de ces tems reculés sont très peu sûres et peu détaillées, et elles ne peuvent guère devenir plus nettes et plus précises à défaut de monumens et même de traditions qui s'y rapportent. Ce n'est que vers la fin du cinquième siècle de la fondation de Rome qu'on apperçoit les premiers élémens d'une législation dans les célèbres lois des douze tables. — Sans entrer dans une discussion si ces lois sont d'origine grecque ou non (1), ce qui nous reste de ces

universitaires ne sont que l'introduction à la science ; elles ne forment pas le savant, mais elles indiquent à celui qui veut s'appliquer à une science, le but de cette science et les moyens d'y parvenir. Il doit suffire que les cours lui donnent une idée générale du systême ; c'est à lui-même, c'est à son propre travail qu'il devra la science même ; les leçons du Professeur doivent seulement le guider, lui indiquer la voie à suivre et les écueils à redouter. Trop heureux celui qui sait bien saisir cette différence ; il est également garanti contre les écarts de son inexpérience, et la servilité ou l'obéissance aveugle à ce que le maître a dit. Aussi ne connais-je rien de plus inconvenant que de créer *Docteurs* des étudians qui sortent des bancs de l'école ; qu'ils soient *licenciés*, c'est à dire qu'ils aient licence de faire profession de leur savoir, passe : mais le droit d'enseigner ne leur convient pas, ils ne peuvent pas en avoir acquis les moyens.

(1) Cette question et le sens du passage de Tite Live qui s'y rapporte ont été récemment le sujet de beaucoup de discussions, à

lois, monument remarquable pour le stile législatif, n'est pas de nature à nous inspirer ce profond respect que, plusieurs siècles après les Romains, nourrissaient ou prétendaient nourrir pour ces débris de l'ancienne République (1), mais dénote une législation positive qui s'étendait un peu plus loin sur les matières civiles, que ne l'avaient fait probablement les lois antérieures.

Quels que fussent les avantages des patriciens dans le gouvernement aristocratique des premiers tems de la République; quels que fussent les privilèges qu'ils s'étaient réservés et ménagés directement ou indirectement dans cette législation même; les plébéiens commencèrent peu à peu à s'ingérer dans les emplois et à partager avec les sénateurs et leurs familles l'autorité: une législation patente devint une arme qui pouvait être dangereuse entre les mains d'un plébéien, doué d'une pénétration suffisante pour saisir ce que la loi lui accordait de droit, du courage nécessaire pour réclamer ce droit, et d'une influence assez importante pour le faire valoir. Les pa-

---

notre avis absolument étrangères aux jurisconsultes, quoique très intéressantes pour l'histoire de Rome et de la Grèce.

(1) C'est peut-être ce motif plus que le mérite réel qui a inspiré l'éloge qu'en fait Cicéron, L. 1 de Oratore c. 43 et 44. En alléguant ces passages de Cicéron, nous ne pouvons nous empêcher d'observer que ce grand orateur, qui se connaissait en jurisprudence de son tems, et auquel la méthode de la jurisprudence Romaine n'était pas inconnue, s'y montre partisan déclaré de l'école pragmatique, et adversaire de la méthode historique Allemande: »Fremant omnes licet, dicam quod sentio: bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare."

triciens imaginèrent des formules pour l'application des lois, et se réservèrent le secret de ces formules, ce qui leur était d'autant plus facile, que les principaux magistrats, comme les chefs du clergé, étaient exclusivement pris dans leur ordre. Le torrent des événemens qui renversa cette aristocratie, et appela les plébéiens au partage du pouvoir, ne fut pas peu secondé par la divulgation de ces secrets de la part de quelques patriciens, qui recherchaient leur avantage particulier aux dépens des privilèges de leur ordre; et le sanctuaire des lois devenu accessible à tous les citoyens, ce furent les orateurs, les légistes plébéiens qui, les premiers, envahirent les chaises curules jusqu'alors réservées aux Sénateurs.

Les lois des douze tables étaient d'une brièveté excessive: en grande partie destinées au droit politique, aux intérêts de l'administration et du culte, elles n'avaient consacré au droit privé et à la procédure qu'un nombre d'articles très petit et notoirement insuffisant. Peut-être les Décemvirs, partisans outrés de l'aristocratie, avaient dès lors prévu, combien il y a de danger pour le privilège à instruire la nation de ses droits, et combien la publicité est la sauvegarde la plus naturelle comme la plus sûre contre toute oppression; et avaient-ils laissé de propos délibéré des lacunes dans la loi, afin de saisir les patriciens du droit de remplir ces vides à leur guise, et de s'en servir comme d'un moyen infaillible d'affermir leur autorité. D'ailleurs, l'accroissement qu'avait pris la République, non seulement par rapport à son territoire, mais aussi dans ses relations extérieures et intérieures, son commerce, son industrie, sa population et les droits

différens des habitans citoyens de Rome, Latins ou Étrangers, fit naître des besoins nouveaux, nécessita de nouvelles dispositions législatives, et devint l'origine des lois rendues par le peuple entier sur la proposition des principaux magistrats comme les consuls : l'autorité naissante du peuple, les troubles intérieurs, les dissensions civiles nées de l'oppression des patriciens et du mécontentement des plébéiens, les fréquentes scissions donnèrent naissance au droit des plébéiens, de disposer par des *plébiscites* sans le concours du Sénat, et d'après la proposition d'un magistrat plébéien, comme un tribun du peuple, sur les besoins de l'État, sur le droit public et privé ; et par une conséquence nécessaire pour le rétablissement de l'équilibre dans les pouvoirs de la République, le Sénat seul par des *Senatusconsultes*, s'arrogea une partie du pouvoir législatif. Dans ce désordre et cette usurpation réciproque, chaque magistrat devait naturellement chercher à en profiter pour augmenter son autorité, d'autant plus que les principales charges étant annales, il fallait ne pas négliger son tems pour se faire valoir, pour exercer quelque pouvoir et pour se rendre agréable à ceux qui disposaient des élections prochaines, ou pour s'en faire redouter, afin de ne pas retomber, après l'expiration d'une année, dans une nullité importune pour celui qui a essayé du pouvoir. Les Préteurs chargés de rendre la justice, s'ingérèrent dans le pouvoir législatif par une voie oblique, sans jamais choquer le texte des lois, et ils rendirent annuellement un édit, dans lequel ils annonçaient comment ils se proposaient de rendre la justice, et où, toujours soumis au texte littéral de la loi, ils se permet-

taient de suppléer à des lacunes, en étendant aux cas non compris, les dispositions expresses du législateur, de les adoucir et de les émender par des fictions, et en éludant l'application directe trop rigoureuse. Cette voie se trouvait couverte d'un prétexte assez spécieux : le Préteur seul (1) qui, d'ailleurs, était chargé et même surchargé d'autres fonctions, ne pouvait suffire à juger toutes les questions qui se présentaient : il ne se réservait que la décision sur la question de droit, et renvoyait l'examen du fait à des arbitres choisis par les parties, ou à des juges subalternes qui siégeaient à une place inférieure dans son Prétoire (2), et qu'il avait nommé d'avance : il indiquait à chacun ce qu'il avait à rechercher (3), et sur le rapport qui lui était fait de la question, il prononçait son jugement : ces formules, ces instructions spéciales, ne pouvaient être que très sommaires ; elles devaient se borner à quelques mots, probablement écrits à l'avance; sans cela, les instructions auraient pris plus de tems que l'examen même du fait : il fallait donc un moyen d'instruire ces arbitres ou ces juges pédanéens des intentions du Préteur : une instruction détaillée, qui comprenait les cas les plus fréquens, fut dressée en forme d'édit, et les instructions spéciales dans chaque espèce, se référant à un chapitre ou un article désigné dans l'édit (4), dispen-

(1) Ce n'est que vers l'an 510 de la République qu'on créa un second Préteur; le nombre en fut encore augmenté par la suite. L. 2 § 27 sqq. D. *de Orig. Juris.*

(2) *Ad pedes tribunalis ;* de là le nom de judices pedanei.

(3) C'est ce qu'on appelait *la formule* qui était ou large (*lata*) ou stricte (*stricta*). V. *Noodt de jurisdictione et imperio*, L. 1 c. 13.

(4) C'est pourquoi le Préteur indiquait dans son bref l'action

saient le grand juge d'entrer dans des détails; les arbitres et juges inférieurs pouvaient rédiger leur rapport dans le sens voulu par le Préteur, sans l'importuner de difficultés, sans exiger une perte de tems considérable, soit pour l'instruction de ces juges, soit pour l'examen du rapport (1), et sans exposer le juge à commettre des erreurs ou des bévues. Cette extension de pouvoir devint si ostensible et la tentation si forte, que d'autres magistrats suivirent cet exemple, et bientôt les Édiles qui avaient la police des marchés publics, sous le prétexte de règler, de fixer ou de déterminer les conditions des ventes à faire dans ces marchés (2), proposèrent an-

---

intentée par le demandeur, ce qui désignait au juge pédanéen la loi et la partie de l'édit applicables; il donnait une formule plus ou moins large qui limitait les pouvoirs de ce juge. Par une conséquence naturelle, le demandeur qui instituait une action, autre que celle que lui accordait la loi, ou qui demandait plus qu'il ne lui était dû était débouté. La moindre variation motivait un rapport défavorable du juge borné strictement et littéralement à l'action mentionnée, comme en Angleterre, la moindre variation entre l'acte d'accusation et le fait motive le *verdict* du jury favorable; c'est ce qu'on appelle *a flaw in the indictment:* à Rome, une action non conforme à la loi, quoique fondée, une plus-pétition quelconque amenait *a flaw* dans la formule.

(1) Actuellement on aurait, dans pareil ordre de procédure, des formules imprimées avec des blancs pour y insérer les noms des parties, l'action intentée, la somme ou la chose demandée; une mesure semblable pouvait faciliter le travail des Préteurs à Rome. Peut-être aussi la partie préparait la formule, (en France on dirait le *placet*, en Angleterre le *brief*) et le Préteur ne fesait qu'ajouter une signature, note ou marque, et indiquer le juge auquel elle était adressée: c'est ce qui expliquerait ce que les Romains appelaient *edere actionem.* L. 1 D. *de edendo.*

(2) Les conservateurs des foires dans l'ancienne France, ceux sur-

nuellement des édits; les proconsuls dans les provinces, tous les magistrats, dont l'autorité ne pouvait être contestée, s'en mêlèrent, et il dut en résulter une confusion dont cependant les traces ne se sont pas conservées, probablement à cause du peu d'importance qu'on attachait généralement à des intérêts particuliers et peu importans, et du défaut de connaissance assez exacte de l'état précis de la société chez les Romains. Ces magistrats étaient souvent jurisconsultes, ou bien ils se guidaient d'après les avis de ceux qui connaissaient les lois et en suivaient l'application: la plupart des fictions de droit qu'imaginaient ceux-ci, les voies qu'ils tentaient pour adoucir ce qu'une disposition avait de trop rigoureux par les conséquences d'une autre disposition, les moyens de présenter les choses sous un aspect différent de la vérité, afin d'éviter une loi trop dure ou d'en éluder l'application, passèrent de la pratique judiciaire dans l'édit, et le magistrat se trouvait investi d'un pouvoir, qu'on ne peut mieux comparer qu'à celui des tribunaux d'équité en Angleterre: le droit étroit se trouva, en quelque façon, opposé à l'usage du barreau et à l'Édit du Préteur (1).

Cependant la république cessa d'exister, et le premier soin des Empereurs fut de donner une forme plus stable et plus régulière à la législation. Jules César (2) se trouva

tout de Lyon, exerçaient le même pouvoir. Répertoire de Jurisprudence au mot *Conservateur* § 10 et au mot *Conservateur de Lyon*.

(1) C'est ainsi que le Préteur C. Aquilius Gallus fut, à ce qu'on prétend, le premier qui introduisit, dans la jurisprudence Romaine l'action *de dolo*, qui devint par la suite l'action subsidiaire pour tous les cas auxquels d'autres actions paraissaient inapplicables.

(2) *Suetonius*, *in Caesare* c. 44.

déjà choqué de la multitude des lois et des dispositions dont la sanction était réputée législative, et dans le moment même, où la monarchie s'élevait sur les débris de la République, ce grand homme méditait la réforme de la législation. Il est très probable que cette idée n'était pas étrangère à sa politique, et que désirant tout adapter à un régime monarchique, il voulait mettre en harmonie la législation avec cette forme de gouvernement: il est également probable que s'il eût pu réaliser ce projet, le fond des dispositions législatives aurait subi de grands changemens, et que le motif de l'utilité publique et du défaut de lois fixes et positives, aurait servi de prétexte, pour faire disparaître les dispositions de la loi, qui pouvaient rappeler trop vivement l'ancienne gloire et la liberté, que nombre de Romains portaient encore dans leurs cœurs; que d'autres dispositions auraient disparu, qui tenaient à des principes trop républicains, à des mœurs trop austères, à des souvenirs trop glorieux pour convenir à la nouvelle monarchie. Quoiqu'il en soit, le projet de Jules César n'eut aucune suite, et ses successeurs mêmes paraissent avoir abandonné cette idée, quoique les innovations de Tibère qui, au dire de Tacite (1), transféra les comices au Sénat, et substitua aux lois portées par le peuple entier, sur la proposition d'un consul, des Sénatusconsultes délibérés sur la demande de l'Empereur, eût beaucoup applani et facilité les changemens de législation. De nouvelles lois rendues par le Sénat, d'aprés la volonté toute-puissante des Empereurs, em-

(1) *Tum primum e campo comitia ad patres translata sunt.* Tacit. ann. L. 1.

brouillèrent de plus en plus la législation (1), et les Préteurs, les Édiles, les Proconsuls, dont les édits annuellement renouvellés contenaient souvent les mêmes dispositions, mais qui néanmoins pouvaient varier à chaque année ce que leurs prédécesseurs avaient statué, contribuaient puissamment à augmenter la confusion.

Ce ne fut qu'au deuxième siècle de l'Ère chrétienne, et environ neuf cents ans après la fondation de Rome, plus de quatre cents après la loi des douze tables, que l'Empereur Adrien conçut et exécuta, en partie, le projet de fixer ce qu'il y avait de trop indéterminé et flottant dans la législation. Sans toucher aux lois proprement dites, sans attaquer le système des Sénatusconsultes, qui ne discontinuèrent ni sous son Empire, ni sous celui de ses successeurs immédiats, il convertit en loi stable l'Édit du Préteur. Sous le regne de cet Empereur et par ses ordres, un jurisconsulte renommé, Salvius Julianus, fut chargé de réunir toutes les dispositions qui passant annuellement de l'édit de chaque Préteur dans celui de son successeur, avaient acquis une sorte d'invariabilité (2), et de décider sur tous les points qui vari-

(1) Comme les Sénatusconsultes Claudiens, sous Claude, le Sénatusconsulte Trébellien et Turpillien, sous Néron, le Sénatusconsulte Macédonien et Pégasien, sous Vespasien, le Sénatusconsulte Tertullien sous Antonin le pieux, le Sénatusconsulte Orphitien sous Marc-Aurèle, et autres moins célébres. Le Sénatusconsulte Velléien est également du tems des premiers Césars, puisque Cassius, qui vivait sous Vespasien, l'a connu. L. 16 § 1 D. *ad Sctum Vellejanum.*

(2) Ces dispositions appellées *Edicta tralatitia*, ou *tralatitiae auctoritatis*, avaient déjà été recueillies et même commentées par le jurisconsulte Servius, contemporain de Cicéron. Il en est question dans la L. 2. § 44. D. *de Origine Juris.* Mais leur stabilité n'était

aient dans les édits: cette compilation et la décision des cas douteux ou incertains, fut rédigée dans la forme ordinaire des édits du Préteur, et sanctionnée par l'autorité Impériale; elle devint, sous la dénomination d'Édit perpétuel (1), la base fixe du droit honoraire qui, dès lors cessa d'être arbitraire et de changer, ou du moins d'être sujet à changer annuellement (2). Une pareille réforme fut appliquée aux édits des Édiles et des Préteurs des étrangers, quoique cette réforme ne soit pas aussi clairement indiquée par les historiens, et que nous ne connaissions guères l'Édit des Édiles et l'Édit provincial, que par les commentaires des jurisconsultes, dont des fragmens ont été sanctionnés par Justinien et conservés dans le Digeste (3).

Depuis cette époque, le droit Romain prit une face nouvelle. D'un côté, les Empereurs se débarrassèrent du simulacre de pouvoir, qui avait été laissé au Sénat, et depuis le regne de Caracalla au commencement du troisième siècle, les sénatusconsultes disparaissent et sont rempla-

---

pas assurée par la loi; elle était coutumière, et un Préteur aurait à la rigueur pu s'en dispenser.

(1) Cet Édit s'appelle aussi *urbicum* par opposition à l'Édit *provinciale.*

(2) Les Consuls proposaient également des Édits annuels, dont une partie était devenue permanente et *auctoritatis tralatitiae:* C'est ce que nous apprend Aulu Gelle Lib. III. Cap. 18. Mais il parait que ces Édits ne se rapportaient qu'à l'administration, comme le prouve l'exemple allégué par Aulu Gelle. Aussi leur autorité s'étant perdue, les Empereurs ne se sont pas occupés de les faire réunir et de les sanctionner.

(3) Comme les commentaires de Gajus *ad Edictum provinciale* et *ad Edictum Aedilium curulium:* le premier de ces ouvrages se

cés par des constitutions impériales : d'un autre coté, les Jurisconsultes trouvant, dans les lois écrites et l'Édit perpétuel, une base solide et fixe pour asseoir leurs raisonnemens et établir une science positive (1), leurs écrits, parmi lesquels leurs commentaires sur l'Édit perpétuel occupaient la première place, comme embrassant la science entière du droit, s'augmentèrent avec une rapidité prodigieuse et dans une proportion désordonnée. Quelques essais tentés par des particuliers, soit à leur propre usage, soit dans des vues d'utilité publique, de recueillir et de classer, si non toutes les sources du droit, du moins les constitutions Impériales, donnèrent naissance aux recueils peu connus, et désignés sous le nom de Code Grégorien et Hermogénien (2), mais ne produisirent aucun

---

trouve sur la liste publiée par Justinien en tête du Digeste : le second, ainsi que les commentaires de Paul et d'Ulpien sur le même Édit, se trouvent dans les rubriques des différentes lois au Digeste, Tit. de *Aedilitio Edicto*. On n'est pas même d'accord si ces deux Édits ont été rédigés sous Adrien ou sous un de ses successeurs.

(1) C'est une observation qui mérite d'être ajoutée à ce que nous avons déjà dit sur l'opinion des jurisconsultes Romains à l'égard de l'école d'enseignement historique du droit, que les ouvrages de ces jurisconsultes ne sont véritablement intéressans et remarquables, que du moment qu'ils ont travaillé sur une base fixe et qu'ils ont pu ramener leurs raisonnemens à une loi expresse. Fidèles au système que nous appelons pragmatique, d'après lequel leurs argumens, pour avoir de la consistance, ont besoin d'une loi écrite, ils sentaient le besoin de raisonner *tamquam ex vinculis*.

(2) Const. *Haec de novo codice faciendo* in pr. Const. *Summa de Iustinianeo codice confirmando* § 1. et Godefroy, prolégomènes du code Théodosien Cap. I. § 1. *Schulting*, *jurisprudentia Antejustinianea*, a donné le peu de fragmens qui nous restent de ces deux recueils.

effet patent, jusqu'au tems de Théodose le jeune, au commencement du cinquième siècle.

Constantin le grand avait commencé la révolution la plus importante que l'Empire Romain ait éprouvé depuis l'établissement du pouvoir monarchique. Il plaça sur le trône et dans l'Empire la religion chrétienne, et changea non seulement le culte de l'État, mais encore les principes qui avaient toujours réglé la tolérance la plus générale pour toutes les religions. Cette tolérance n'avait été interrompue que sous le règne de Dioclétien, et envers les Chrétiens, dont les Empereurs soupçonnaient et redoutaient la doctrine et l'envahissement du pouvoir; crainte qui se vit réalisée plus tard, par la conséquence nécessaire des moyens violens employés pour forcer la conscience, lesquels finissent toujours par faire réussir ce qu'on cherche à détruire, et souvent par en augmenter l'importance, l'énergie et le succès. Constantin, dont la famille se trouvait en possession du pouvoir suprême presque par l'effet du hazard, et qui sentait la répugnance que les Romains pouvaient avoir d'obéir à ses commandemens, crut devoir se ménager une retraite sûre et un siège fixe de l'Empire, au cas qu'un retour de fierté, que les anciens souvenirs inspiraient encore (1) aux habitans de Rome, lui fermât un jour les portes de la capitale, ou l'obligeât à l'abandonner. Il chercha donc à transférer ailleurs le siège

(1) On retrouve des traces de ces souvenirs et de ces retours à l'ancienne fierté, beaucoup plus tard, et même jusqu'au quatorzième siècle. Le tribun du peuple *Cola Rienzi* est devenu immortel par les *Canzoni* de *Pétrarque*.

de la Capitale et assuré d'avance de la fidélité et du dévouement d'une population qui lui aurait une obligation si signalée : il fixa son choix sur la ville de Byzance, également à portée de l'Empire Romain en Europe et des parties de l'Asie qui en dépendaient, parties non seulement importantes par leur étendue, leur population et leurs richesses, mais lesquelles, dans ces tems là, étaient et paraissaient devoir rester plus à couvert des invasions des barbares septentrionaux, qui déjà avaient obligé les Romains d'évacuer la Grande Bretagne, qui occupaient la Germanie Romaine et la Pannonie, infestaient les Gaules et les Espagnes, et dans moins de deux siècles devaient se rendre maîtres de Rome elle-même : pour augmenter cette fidélité et ce dévouement il donna son propre nom à la ville de Byzance, et par un rafinement de courtoisie pour ses nouveaux compatriotes, il affecta même de donner à la ville un nom grec, et Constantinople devint la seconde, la nouvelle Rome.

Constantin le grand, (dont le père Constance Chlore s'était élevé par sa valeur, d'abord à la dignité de César et à une alliance avec Dioclétien, et avait un moment porté la pourpre) lorsqu'il prit le titre d'Empereur, se trouva en tête de cinq concurrens qui lui disputaient la couronne : indépendamment de cette lutte, il avait à surmonter de grandes difficultés ; son père n'était connu que dans les Gaules, et lui-même avait commencé son regne à Trèves. Étranger aux Romains qui tenaient pour Licinius, le dernier de ses rivaux, il chercha à se faire un appui, et accorda sa protection à une secte qui avait, dès les regnes précédens, attiré l'attention de

Dioclétien, qui l'avait vivement persécutée, et dont l'importance s'était de beaucoup augmentée par cette persécution même; il se rapprocha des Chrétiens, auxquels il commença par accorder liberté du culte, et dont il acheta par cette indulgence le soutien. Cette protection inusitée devait blesser les prêtres de la religion qui, jusqu'à cette époque, avait été celle de l'État; elle devait irriter ceux qui, attachés au paganisme, avaient excité et soutenu les mesures violentes de Dioclétien, et les partis qui divisaient l'Empire changèrent en quelque façon d'intérêt; le parti de Constantin devint celui du Christianisme, le paganisme se rangea sous les drapeaux de Licinius. Bientôt Constantin fit un pas plus décisif, et lui-même il embrassa la religion Chrétienne; conversion qui fut bientôt imitée par tous ses courtisans, et la couleur religieuse de la guerre civile devint plus tranchante et plus marquée: la victoire demeura à Constantin, et fidèle à sa religion nouvelle, ainsi qu'à ceux qui avaient embrassé sa cause, il établit le Christianisme comme religion de l'État. La ville de Rome était le siège principal, non seulement de l'Empire, mais aussi de la religion que ce coup hardi venait de détrôner: les Romains avaient favorisé Licinius; Constantin y était en quelque façon étranger; il connaissait l'humeur inquiète de la population de Rome; il savait que ses habitans, quelque déchus qu'ils fussent du pouvoir, des qualités, de l'énergie des anciens citoyens de Rome, avaient des retours de fierté, et se rappelaient quelquefois avec orgueil que leurs pères avaient dominé le monde connu; il dut s'en défier, et, en partie, pour punir l'obstinatien des Romains à ne pas

le reconnaître, en partie, pour sa sureté personnelle, et pour ne pas être distrait de ses grands projets en faveur de l'établissement et de l'introduction universelle de la religion chrétienne, il résolut de transférer ailleurs le siège du gouvernement. Rome ne pouvait d'ailleurs avoir d'attrait particulier pour Constantin; son père, comme lui, n'ayant jamais connu d'autre capitale que Trèves.

Constantin avait vu de près les Germains et les autres barbares septentrionaux: son père Constantin Chlore avait été envoyé dans la Grande Bretagne par Dioclétien, pour combattre les Anglo-Saxons, et ses expéditions n'avaient pas été heureuses. Sous les yeux mêmes de Constantin Chlore et de son fils, les Francs, les Bourguignons, les Visigoths venaient ravager les provinces Romaines de la Germanie, des Gaules, et des Espagnes. En Pannonie les Goths sous Alaric formaient un établissement fixe. Il pouvait aisément prévoir que l'état délabré de l'Empire, le peu de résistance que pouvaient faire les provinoes déja épuisées par des ravages continuels, la force toujours croissante, et les besoins ou l'avidité sans cesse renaissants des barbares, devaient exposer la partie occidentale de l'Empire à devenir un peu plus tôt ou un peu plus tard leur proie; il devait naturellement pencher à fixer la nouvelle capitale dans un endroit moins exposé à leurs incursions. Obligé de quitter Trèves, ville qui se trouvait située alors presqu'au milieu du théatre de la guerre, et que les barbares menaçaient incessamment, désirant s'éloigner de Rome, la marche des évènemens le refoulait vers l'Orient. Les riches provinces d'Asie, dont le climat et les pro-

ductions devaient offrir une double jouissance à un monarque qui, dans sa jeunesse, n'avait connu que les frimats et la température rigoureuse qui caractérisait la Germanie, et la partie septentrionale des Gaules alors incultes et couvertes de vastes forêts et de marécages, se trouvaient menacées par les Parthes et les Perses : l'Empereur voulait s'en rapprocher, croyant que cette guerre ne présentait ni les mêmes inconvéniens ni les mêmes dangers que celle contre les Germains, et que ce rapprochement seul suffirait pour le couvrir : son choix tomba sur Byzance, et certainement il n'était pas possible de choisir une situation plus agréable, plus à portée de secourir tous les points menacés de l'Empire, plus ouverte à toutes les branches de l'industrie, et à tous les moyens d'assurer la subsistance et le bien-être d'une grande population, et en même tems plus à couvert contre les expéditions de quelque horde barbare du Septentrion. La ville changea de nom : en commémoration de l'Empereur qui assurait sa splendeur, en conformité à l'usage des habitans, auxquels la langue grecque était habituelle, son nom fut converti en celui de Constantinople, et bientôt elle mérita le surnom de nouvelle Rome. Sa splendeur et son agrandissement soudain justifia pleinement le choix judicieux de Constantin.

Cette révolution eut les suites les plus importantes, non seulement pour le sort de l'Empire qui se divisa bientôt en deux parties, dont l'une ne résista pas longtems aux efforts des barbares septentrionaux, qui s'emparèrent de Rome et de l'Empire d'Occident, dès l'an 476, un siècle et demi après Constantin, et détruisirent cet Empire, et

l'autre subsista plus longtems et ne fut définitivement subjugée par les barbares d'Asie, les Turcs, qu'en 1448; mais aussi pour la législation et l'état de la jurisprudence. Le droit écrit avait été composé anciennement des lois des douze Tables, et de quelques autres lois subsidiaires, rendues avec beaucoup de solennité; le droit honoraire, depuis l'Édit perpétuel, était une autre base du droit écrit; depuis que les Empereurs ne s'étaient plus donné la peine de consulter, même pour la forme, le sénat, les constitutions, souvent l'effet du hazard ou de l'impression momentanée, comme le sont en général les lois qui ne reposent que sur la volonté d'un Monarque, dont le pouvoir n'est pas limité, étaient si peu en harmonie entr'elles ou si peu dictées par quelque principe constant, qu'il était impossible de s'y reconnaître. Le droit non écrit ne se trouvait pas en meilleur état. Les jurisconsultes avaient commenté les lois et les édits, ils avaient traité plusieurs matières spéciales; des recueils de consultations et d'arrêts s'étaient formés; les magistrats jugeaient d'après ces autorités, mais elles étaient informes et souvent opposées entr'elles. Partagés entr'eux, non seulement quant à l'opinion individuelle, mais aussi d'après les principes divers des différentes écoles ou sectes des jurisconsultes, dont les nombreux ouvrages offraient des armes aux défenseurs des systêmes les plus opposés, rien ne guidait la décision du magistrat: souvent l'autorité impériale intervenait dans les causes individuelles, et tranchait par faveur le nœud gordien; d'autres fois, les juges eux-mêmes étaient trop heureux de se décharger d'une responsabilité accablante, ou sol-

licitaient une décision du souverain ou une interprétation authentique: rien de stable et de fixe ne pouvait se former. Le déplacement du siège de l'Empire, l'adoption d'une religion nouvelle, l'introduction d'un nouveau genre d'autorité, des évêques et du clergé chrétien, avaient ébranlé tous les usages existans, et il est difficile de se former une idée du chaos dans lequel la jurisprudence devait se trouver. Aussi, quelque vaste que soit le champ ouvert au droit non écrit, quelque forte que dût être l'impression produite par les jurisconsultes des siècles précédens, ne rencontre-t-on plus dans l'histoire du droit un seul jurisconsulte qui ait marqué dans son époque, ou dont depuis on ait conservé un seul fragment, comme digne d'entrer dans le Digeste de Justinien (1).

Théodose le jeune et son collègue à l'Empire, Valentinien, entreprirent une réforme dans la législation, réforme qui devait embrasser ses deux branches, le droit écrit et coutumier. En laissant dans toute leur force les lois des douze tables, les anciennes lois de la République, les sénatusconsultes et les plébiscites non abrogés, ainsi que les édits perpétuels, ils ordonnèrent de recueillir et de classer méthodiquement les constitutions impériales, de rejeter celles qui se trouvaient abrogées, principalement celles qui se rapportaient à la forme du gouvernement

(1) Cette circonstance que Mr. de Savigny a passée entièrement sous silence prouve encore bien fortement, selon nous, contre les motifs auxquels il attribue l'excellence du droit Romain. Si ceux qu'il assigne étaient véritables, ils auraient dû opérer, dans l'intervalle qui sépare les regnes de Gordien et de Constantin de celui de Justinien, comme auparavant, et même encore plus fortement.

et au culte, auxquelles devaient être substituées les constitutions des Empereurs Chrétiens, de ceux de Constantinople devenue le siège de l'Empire, et même de Rome, depuis qu'elle eut cessé d'être la seule Capitale. Une commission composée de personnes qui occupaient ou avaient occupé les premières charges de l'Empire fut nommée pour faire ce recueil, et le Code Théodosien fut composé, lequel, après avoir reçu la sanction impériale, devait remplacer toutes les constitutions des Empereurs précédens, Théodose ayant abrogé en termes exprès toutes celles qui n'auraient pas été reproduites par le Code (1). Par une espèce de modestie assez singulière, du moins entièrement étrangère à nos moeurs actuelles, Théodose ne voulut pas s'approprier le mérite d'avoir fait les lois qu'il approuvait; il crut devoir rendre à ses prédécesseurs l'honneur de chacune de leurs dispositions, ne se réservant que la gloire d'avoir simplifié la législation (2). Par une autre loi, l'Empereur voulut assurer la durée de son ouvrage, et il défendit que les constitutions, que lui ou son collègue à l'Empire, ainsi que leurs successeurs pourraient rendre par la suite, fussent réputées lois générales de l'Empire, à moins qu'elles ne fussent rendues en forme de sanction pragmatique, et revêtues des plus grandes formalités (3).

---

(1) *Novella Cod. Theodos.* 1.

(2) » Quanquam nulli retro Principum æternitas sua detracta est » nullius latoris nomen occidit..... manet, manebitque perpetuo » elimata gloria conditorum, nec in nostrum titulum demigrabit, » nisi lux sola brevitatis." *Nov. Cod. Theod.* 1.

(3) *Nov. Cod. Theodos.* 2.

Si cette fixation du droit écrit peut avoir été sujette à des inconvéniens, la mesure prise à l'égard de la jurisprudence qui composait la partie non écrite du droit, ne pouvait guère être considérée comme sérieuse, et on la révoquerait avec beaucoup de raison en doute, si elle n'était attestée par les monumens les plus irréfragables. Soit qu'il ait désespéré de rien sanctionner qui pût satisfaire aux besoins de l'époque, soit que ceux qui avaient reçu la mission de s'occuper des ouvrages des jurisconsultes, n'eussent pas donné assez de soins à une mission aussi importante et difficile, l'Empereur s'était borné à rejeter purement et simplement tous les ouvrages des jurisconsultes, à l'exception de quelques uns auxquels était attribué une autorité plus grande; et par contre, comme pour compenser cette défiance de tous les autres ouvrages, il avait donné la même force à tous les ouvrages des auteurs favorisés sans aucune exception et dans toutes leurs énonciations (1). Dans une disposition aussi bizarre, l'Empereur avait prévu le cas très possible, et même nécessairement très fréquent, d'une opposition entre deux autorités, soit à raison d'une leçon différente de deux exemplaires du même ouvrage, soit à raison d'une différence de décision entre les jurisconsultes. Quant à la différence de leçons, l'Empereur renvoie les juges à la saine critique, et à la leçon la plus conforme à l'ouvrage entier et à d'autres exemplaires (2). En cas de diver-

(1) L. un Cod. Theod. *de responsis prudentum.* Libr. 1 Tit. 4.

(2) » Si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum, Codi» cum collatione firmentur," d. l. un. Cod. Theod. Cette décision était importante avant l'invention de l'art typographique.

geance dans les opinions, le remède établi par cette loi est encore plus bizarre que la disposition générale: c'est le nombre des auteurs qu'il fallait consulter, et la majorité numérique devait l'emporter, avec cette seule différence, qu'en cas de partage, l'opinion appuyée de l'autorité de Papinien devait prévaloir (1); car, dit l'Empereur, comme Papinien a gain de cause sur tout autre jurisconsulte, il doit céder à deux dont les opinions se réunissent. Certes, il est difficile d'imaginer une disposition plus incomplète, plus bizarre, même plus absurde que cette loi qui paraissait embrouiller l'état de la jurisprudence; aussi n'a-t-elle pas échappé à la censure, et l'auteur de la compilation connue sous le nom du code Alaricien ou Bréviaire d'Alaric, quoique bien éloigné de la civilisation romaine, et moins encore estimé pour ses connaissances en droit, a-t-il cru nécessaire d'ajouter à l'interprétation de cette loi, qu'il avait réuni ce qui paraissait utile et opportun dans les ouvrages de ces auteurs (2), et de cette manière, rempli la lacune que présentait la constitution de Valentinien. Cette loi du code Théodosien ne mérite l'attention, que parce qu'elle est une preuve du délabrement de la science du droit; circonstance bien

---

(1) » Ubi autem diversæ sententiæ proferuntur, potior numerus » vincat auctorum; vel si numerus æqualis sit ejus partis procedat » auctoritas, in quâ excellentis ingenii vir Papinianus emineat: qui » ut singulos vincit, ita cedit duobus," d. l. un. Cod. Theod.

(2) » Sed ex his omnibus jurisconsultoribus, ex Gregoriano, Hermo- » geniano, Gajo, Papiniano, et Paulo, quæ necessaria causis præ- » sentium temporum videbantur elegimus." *Interpretatio ad* L. un. Cod. Theod. de *responsis prudentum*, et ibi Jac. Gothofredus.

constatée d'ailleurs (1), et qu'elle contient la première idée qui, corrigée et suppléée d'après l'expérience, a donné naissance au Digeste de Justinien (2).

Quelque bonnes qu'aient été les intentions de Théodose et de Valentinien pour fixer l'état de la jurisprudence, elles furent bientôt reconnues insuffisantes. Les Empereurs, monarques absolus dont rien ne modifiait l'autorité, étaient par cette raison même hors d'état de maintenir l'unité des lois : ce pouvoir absolu dictant des lois sans aucun contrôle, devenait par cela même le jouet des caprices, des fausses représentations, des impulsions momentanées; et il était impossible que les constitutions Impériales rendues, tantôt de propos délibéré et dans l'intention d'obliger tous les sujets, tantôt dans des cas particuliers, où le souverain décidait des différends entre deux particuliers, tantôt sur les demandes et instances des magistrats ou des parties (3), respirassent quelqu'unité de système, quand même l'Empire se serait toujours trouvé sous le gouvernement d'un seul et même Prince; combien ne devait pas en être la variété et l'incohérence, lorsque le sceptre passait de main en main,

(1) »Notum est post facilem hostium ruinam quâ Italia labora»vit..... hodieque gnarus juris et legum aut raro, aut minime »reperiri." Nov. 10. *Valentiniani post Cod. Theodos.* La même chose se retrouve en Orient.

(2) Cette idée est tellement la conséquence de cette loi, que le commentateur Goth, qui l'a interprétée, a lui même tenté une opération semblable, à laquelle nous devons le bréviaire d'Alaric.

(3) C'est delà que les Constitutions Impériales se distinguaient en *Edicta* (lois générales), *Decreta* (décisions judiciaires), et *Rescripta* (Ordonances sur demandes ou requêtes). L. 1 § 1 et 2. D. *de Constit. princ.*

sans autre raison que le caprice de la fortune ou la force des armes? Quand les Empereurs ne professaient pas toujours le même culte (1)? Quand leur origine, leurs vues politiques, leur administration intérieure n'avait rien de commun? D'un autre coté, au lieu de fixer le droit non écrit et la jurisprudence, Valentinien, dans sa constitution, et Théodose, qui l'avait recueillie dans son code, avaient sanctionné une masse d'écrits, distingués il est vrai par les connaissances, les talens et la sagacité de leurs auteurs, mais qui néanmoins devaient avoir leurs parties faibles, qui présentaient des variétés de leçons, et par conséquent des doutes sur ce que chaque auteur avait dit, des difficultés et des obscurités dans le sens de mainte décision, de la divergeance dans les principes et dans leurs conséquences: en cas d'opposition, ils avaient ordonné, non de comparer les raisons, mais de compter les votes (2); ce qui, indépendamment de l'absurdité de cet expédient (3) avait le défaut de laisser de l'incertitude selon qu'on aurait plus ou moins d'auteurs, et

(1) C'est avant cette époque que Constantin avait introduit le Christianisme, que Julien l'avait banni, et que Jovien l'avait rétabli: depuis Théodose, les disputes d'Arius et d'Athanase, la division des Ariens et des Orthodoxes Athanasiens, qui alternativement jouissaient de la protection des Empereurs, eurent les mêmes effets.

(2) C'est à tort qu'on veut accuser les jurisconsultes Romains d'avoir généralement suivi l'usage de compter les votes sur chaque question. Lorsque Gajus, L. 18. D. *de in jus vocando*, dit, »plerique putaverunt," il n'indique que l'opinion commune, sans s'astreindre à un dénombrement arithmétique.

(3) V. à ce sujet le raisonnement très juste de Justinien, dans la constitution *Deo auctore*, *de Concept. Dig.* § 5 et 6. L. 1. § 5 et 6. Cod. *de veteri jure enucleando.*

qu'on aurait plus ou moins feuilleté les volumineux ouvrages des jurisconsultes autorisés par le Prince (1); en cas de partage, l'autorité prépondérante était attribuée aux ouvrages de Papinien, et ce n'était qu'à défaut de tous ces moyens, que le juge dans sa sentence, ou le jurisconsulte dans son avis, devait recourir à un examen du raisonnement que les auteurs allégués de part ou d'autre avaient fait à l'appui de leur opinion (2). L'époque suivante n'avait pas, à la vérité, présenté de nouveaux commentateurs; l'invasion des Barbares en Italie y avait fait abandonner la science des lois; dans l'Orient cette science n'était pas cultivée avec plus de succès, et il ne nous est parvenu aucun ouvrage de ce tems. Justinien n'en a pas jugé un seul digne d'entrer dans le Digeste, et probablement l'usage général de la langue grecque dans l'Empire d'Orient a motivé, ou du moins accéléré cette décadence (3). Mais la confusion qui avait existé avant Théodose et Valentinien, confusion que la disposition de ce dernier relativement aux ouvrages des juris-

(1) Lorsqu'on compare à la constitution de Valentinien la liste des ouvrages des Jurisconsultes autorisés, dont des fragmens se retrouvent dans le Digeste, on peut se faire une idée de l'étendue de ceux que l'Empereur avait sanctionnés. Un bon nombre nous est sans doute inconnu, mais il suffit, et au delà, de ceux que nous connaissons.

(2) » Ubi autem pares eorum sententiae recitantur, quorum par » censetur auctoritas, quod sequi debeat eligat moderatio judicantis." L. un. Cod. Theod. *de responsis prudentum.*

(3) Cette décadence elle-même qui n'est point motivée par les raisonnemens de Mr. de Savigny, prouve contre son système, d'après lequel l'état de la jurisprudence aurait dû devenir plus florissant de jour en jour: les mêmes causes qu'il a signalées duraient toujours.

consultes anciens devait avoir singulièrement augmentée, devint telle, qu'à peine un siècle plus tard Justinien crut devoir s'occuper de la législation, et ce n'est qu'à ses soins, que nous devons un véritable droit Romain.

Le regne de Justinien fut, sous tous les rapports, une époque glorieuse et mémorable de l'Empire de Constantinople. Nous n'entrerons pas dans un examen minutieux de ses qualités ou défauts personnels, trop vantés sans doute par la plume vénale et adulatrice des historiens stipendiés et des rhéteurs, trop blâmés probablement par les écrits que Procope n'osait publier, mais qui, sous le titre d'*anecdotes* (ouvrages inédits), sont parvenus à la postérité; mais ce Monarque a montré un discernement remarquable, ou a été merveilleusement servi par le hazard, dans le choix de ses ministres et de ses principaux fonctionnaires. Quels que soient les talens et les connaissances personnelles d'un Prince, il ne peut suffire à tout, et même il risque, en trop s'occupant des détails, de négliger les grands intérêts de l'État. Quelles que soient ses intentions, il ne peut tout voir par ses yeux; il peut être induit en erreur par ceux qui l'entourent; il peut se tromper, ou être abusé sur les suites à espérer ou à redouter d'une mesure quelconque: quelle que soit son habileté, ses courtisans, ses ministres, ceux qui spéculent sur cette qualité même et qui se sentent en état de profiter de chaque faiblesse, seront plus habiles que lui: et l'expérience a enseigné que les talens personnels, les vertus particulières des souverains, loin d'assurer le bonheur de leurs sujets, contribuent au contraire quelquefois à leur oppression et à des vexations.

Ce qui tourne le plus au profit d'un pays, à l'éclat d'un regne, à la tranquillité et au bonheur des sujets, c'est un heureux choix des conseillers qui entourent le Prince et guident son gouvernement, et des fonctionnaires qu'il charge de l'exécution de ses lois et des actes de son gouvernement. Or, quel Prince fut jamais mieux servi que Justinien par Belisaire, par Tribonien, par Narsès? Que Justinien lui-même ait été ignorant et illettré, qu'il ait été timide et efféminé, sans talens comme sans courage pour la guerre; qu'il se soit abandonné à toutes ses passions et à la débauche même la plus honteuse; qu'il ait élevé sur le trône une comédienne connue par la dissolution de ses moeurs, et à laquelle il accordait la plus grande influence sur les affaires de l'État; qu'il ait fait profession d'une dévotion bigotte, et d'une obéissance passive à toutes les exigences d'un clergé ambitieux et hautain; que d'autres fautes puissent ternir sa réputation individuelle, ce n'est pas moins sous son regne que l'Empire avait repris une partie de son ancienne splendeur, reconquis sur les Parthes l'Asie, sur les Goths l'Italie et l'Afrique, que Constantinople fut embellie de ses plus magnifiques ornemens, entr'autres de la célèbre église Ste. Sophie; c'est enfin à lui qu'est due la collection des lois Romaines, qui, depuis près de treize siècles, fait la base du droit du continent Européen; qui a continué le pouvoir de cet Empereur bien au delà de la durée de son Empire; qui fait encore aujourd'hui alléguer, dans une grande partie du monde civilisé, ses dispositions comme obligatoires; et qui, du moins comme un des monumens les plus importans, passera à la postérité la

plus reculée (1). Lors même que ce droit nous serait absolument inconnu, sa durée pendant treize siècles suffirait pour baser la gloire de Justinien.

Quels que soient les éloges qu'a mérités de tous les siècles l'ouvrage de Tribonien, il parait ne pas avoir dès le commencement senti toute l'étendue de sa mission, et son premier ouvrage fut un recueil de constitutions Impériales en un seul code, à l'instar probablement du Code Théodosien: nous n'avons aucune connaissance de ce travail, et même il n'est pas parvenu un seul fragment du code Justinien supprimé depuis et remplacé par le second code du même Empereur, lequel par ce motif, fut intitulé nouvelle Édition du code, ou code révisé (*codex repetitae praelectionis*). La commission qui fut chargée de ce travail, et dont Tribonien était membre, mais qui était présidée par le patrice Jean, ex-questeur du palais et consulaire, n'avait d'autre instruction que celle qui avait été donnée pour la confection du Code Théodosien (2), et ce code devait uniquement être destiné à suppléer aux lacunes des collections antérieures, en y fesant entrer les Novelles ou lois postérieures rendues par les successeurs de Théodose. Cette entreprise ne pouvait être que d'une utilité momentanée, et ses effets auraient été perdus pour la pos-

(1) C'est ainsi que, jusqu'au jour où nous écrivons après environ treize siècles (il n'y manque que quatre années), s'est vérifié ce qu'avait dit emphatiquement Justinien de son propre ouvrage, » Quae omnia obtinere sancimus in omne aevum." Const. *Omnem de concept. Dig.* § Ult. L. 3. § Ult. Cod. *de veteri jure enucleando.*

(2) Constutio *Haec de novo codice faciendo.* Const *Summa de Justinianeo codice confirmando.*

térité, si elle n'eût servi à faire monter en grade le célèbre Tribonien, qui, par la suite, présida à tous les travaux législatifs, et à faire germer, dans son esprit, l'idée plus vaste et plus dominante qui caractérise les autres productions de ce législateur si profond et si heureux.

Un homme comme Tribonien, doué d'un génie puissant et élévé, d'une activité peu commune et infatigable, jurisconsulte consommé, qui avait passé sa vie à se pénétrer de la science du droit (1), et qui possédait uue bibliothèque considérable (2) (ce qui, avant l'invention de l'imprimerie, était une chose rare, et cependant presque indispensable pour bien connaître l'antiquité), appelé aux premières fonctions de l'État, et siégeant dans le conseil immédiat de l'Empereur, ne put s'empêcher d'entrevoir l'inutilité de tous ces recueils qui s'étaient suivis inapperçus et sans laisser de traces. Il conçut le projet hardi de ne pas borner son travail à un simple recueil, mais de refondre entièrement le droit existant tant écrit que non écrit; d'établir un nouveau système de législation, et de s'affranchir de la gêne qui avait fait échouer les tentatives antérieures. Investi de la confiance de son souverain, son projet fut approuvé, et non seulement il fut chargé de cette entreprise impor-

(1) » Tribonianum illustrissimum nec non prudentissimum magis» trum — virum et in ipsis rerum experimentis, et in eloquentia et » in legibus scribendis satis spectatum." L. 3. § 9. Cod. *de veteri jure enucleando* L. 2. § 9. eod. Const. *Tanta de confirm. Dig.* § 9.

(2) » Antiquae autem sapientiae librorum copiam maxime Tri» bonianus vir excellentissimus praebuit, in quibus multi fuerunt, » et ipsis eruditissimis hominibus incogniti." Const. *Tanta* § 17. L. 2. § 17. Cod. *de veteri jure enucleando.*

tante et jusqu'alors inouie, il eut même l'avantage de choisir ses collaborateurs (1). Il présenta à l'Empereur une commission composée de quelques fonctionnaires publics, membres des principaux tribunaux de l'Empire, et habitués à rendre la justice, de deux professeurs de l'Université de Beryte et de Constantinople, et de dix avocats choisis probablement dans ce que le barreau offrait de plus recommandable, soit pour la doctrine, soit pour l'expérience (2). L'Empereur confirma ce choix, et sanctionna la méthode projetée par Tribonien; et ce fut sous sa présidence, que, dans un espace de tems qu'on n'aurait osé préscrire eu égard à l'immensité des recherches préalables, le travail entier fut achevé, et distribué en trois parties, dont la première, appelée Digeste ou Pandectes, se rapporte au droit non écrit, la seconde, la nouvelle édition du Code, aux constitutions Impériales, et une troisième, sous le nom d'Institutes, contient un ouvrage d'un genre entièrement nouveau et jusqu'alors du moins sans exemple.

Tribonien vit bientôt que, pour tirer un parti raisonnable du droit non écrit, il fallait beaucoup élaguer. Un auteur qui veut persuader est obligé de recourir à des argumens qui puissent faire impression sur l'esprit de ses lecteurs; un législateur n'a besoin que d'énoncer clairement sa disposition; sa volonté peut, au besoin, servir de motif suffisant, et s'il veut développer les considérations qui ont déterminé cette volonté, ce n'est que

(1) Const. *Deo auctore.* § 3. L. 1. § 3. Cod. *de veteri jure enucleando.*

(2) Const. *Tanta* § 9. L. 2. § 9. Cod. *de veteri jure enucleando.*

dans la seule intention de mieux faire comprendre sa sanction. Toute discussion devenait donc inutile, et Tribonien n'avait à conserver, que ce qu'il jugeait utile pour bien faire ressortir le sens de ce qu'il approuvait. Il pouvait réunir plusieurs autorités tendantes au même but, afin de faire voir la même idée sous différens points de vue; mais si, dans les auteurs qu'il rapprochait, se trouvait quelque idée, quelque expression, quelque principe qui pût contrarier son but principal, ou donner lieu à des obscurités, à des doutes, il ne devait pas, par respect pour un ancien jurisconsulte, s'exposer à gâter son ouvrage; et sans se mettre en peine de la fidélité, il pouvait et même il devait trancher et rogner à plaisir, en n'adoptant, au besoin, que des fragmens décousus, en altérant les phrases et les expressions, en substituant même ses propres paroles à celles de l'auteur auquel le fragment était emprunté: les contre-sens, les interpolations, les anachronismes (1) même, qui résultaient de cette méthode, n'étaient pas échappés à la négligence ou à l'erreur, mais c'étaient des fautes contre l'histoire et la saine critique, commises par un législateur qui sentait toute la hauteur de sa vocation, de propos délibéré et à dessein de completer l'unité du droit; but bien plus utile et plus important que des considérations purement scientifiques et pédantesques. Aussi, bien loin de s'en cacher, le législateur n'a-t-il pas manqué de s'énorgueillir de ces altérations, et a-t-il ordonné de n'attacher

(1) C'est ainsi que Tribonien, par respect pour la religion chrétienne qu'il professait, a fait disparaître la mention du supplice de la croix, dans les fragmens des jurisconsultes payens, qu'il réunissait.

aucune conséquence à la vérité du texte original, et à ce que pourrait avoir dit le jurisconsulte allégué, pour s'en tenir uniquement aux expressions sanctionnées dans le Digeste (1). Les constitutions Impériales furent soumises à une opération semblable : après un triage, celles qu'on résolut de conserver furent tronquées, altérées, rétrécies ou allongées, non d'après l'intention de l'Empereur qui les avait rendues, ce dont Tribonien n'avait pas à s'occuper, mais selon les besoins de la législation nouvelle, qui cherchait l'unité des principes, et évitait soigneusement toute contradiction (2). Tribonien avait une grande et juste idée des devoirs d'un législateur; si, par respect pour la mémoire des Empereurs et des jurisconsultes, il avait cru ne pas devoir passer sous silence le nom de celui auquel il empruntait une disposition, il ne travaillait pas à une simple collection historique,

(1) » Hoc tantummodo a nobis effecto ut, si quid in legibus eorum » vel supervacuum, vel imperfectum, vel minus idoneum visum » est, vel adjectionem, vel diminutionem necessariam accipiat et » restrictissimis tradatur regulis, et in multis similibus vel contra» riis, quod rectius habere apparebat hoc pro aliis omnibus posi» tum est unaque omnibus auctoritate indulta; ut quidquid ibi scrip» tum est hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum, » nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat, et quae » nostra auctoritas introduxit, quia multa et maxima sunt quae » propter utilitatem rerum transformata sunt;" Constitutio *Tanta* § 10. La L. 2. § 10. Cod. *de veteri jure enucleando*, porte » Unius » cujusque eorum (JCtorum) appellationem legibus inscripsimus, mu» tantes quidem si quid jam habere visum est non recte, partes » vero illas nunc tollentes, has nunc addentes, ex multis denique » optimum eligentes" etc.

(2) Const. *Tanta* § 10 in fine L. 2. § 10. in fine Cod. *de veteri jure enucleando.*

mais il voulait introduire un droit nouveau; il ne redoutait que de laisser son travail incomplet, ou de sanctionner des dispositions contradictoires: et dans le stile oriental et emphatique qui défigure les proclamations de Justinien, l'Empereur ne se glorifie que de la concision, du complet et de la conséquence du travail, qui ne présente ni longueurs inutiles, ni lacune, ni antinomie (1); assertion à la vérité un peu hazardée, et même hyperbolique, mais la seule louange digne d'un code de lois sanctionné par le Souverain.

Indépendamment de ces petites altérations, de ces retranchemens, additions et interpolations, dont on a fait souvent un reproche à Tribonien, et qui effectivement sont des défauts à l'oeil de celui qui, incapable de s'élever à la hauteur des vues d'un législateur, borne son horison rétréci à ce qui convient au littérateur, au critique ou à l'historien (2), et au moyen desquelles Tribonien avait pu faire disparaître de légères contradictions; il fallait des voies plus efficaces pour trancher les grandes questions, qui avaient divisé les principaux jurisconsultes et les diverses sectes, dans lesquelles ils étaient partagés. L'autorité Impériale intervint, et décida, en vertu de son pouvoir, les questions, en statuant sur les points en controverse, sans se mettre en peine des opinions différentes, ni des motifs et des principes sur lesquels les opinions

(1) Const. *Tanta* § 15 et 16. L. 2. § 15 et 16. C. *de veteri jure enucleando.*

(2) C'est ce qui caractérise l'ouvrage de *Fr. Hotmann* intitulé *anti Tribonianus:* cet auteur borné ne se doutait seulement pas des grandes vues de Tribonien, et ne pouvait en apprécier le mérite.

étaient basées. Cinquante décisions pareilles furent insérées dans la nouvelle édition du code (1), et mirent fin à des subtilités et des controverses qui depuis longtems avaient embarrassé la marche des tribunaux, les décisions des juges et les consultations du barreau. Le grand objet de ces décisions était de fixer invariablement l'état de la jurisprudence, et de faire disparaître des distinctions et des dispositions, qui se rapportaient à des objets et à des usages depuis longtems oubliés, et qui néanmoins embarrassaient et allongeaient inutilement les ouvrages des jurisconsultes (2). D'autres ne fesaient que simplifier l'étude des lois, en réunissant sous un seul nom, ce qui, ayant été anciennement introduit par différentes dispositions, avait toujours été regardé comme séparé, tandis qu'en réalité le fond était le même (3).

Pour compléter ces deux recueils, et en même tems pour faciliter l'exécution des règlemens sur l'étude des lois, dans laquelle il voulait prévenir des écarts et des diversités d'opinions qui par la suite pouvaient faire renaître l'ancienne confusion, Tribonien s'occupa d'une introduction à cette étude, d'un traité qui en abrégé contiendrait le système de la législation, et qui pût servir de fondement et de base aux études; d'un manuel qui pût

(1) Const. *Cordi nobis de Emendatione Codicis.* § 1.

(2) V. L. un. Cod. *de nudo jure Quiritium tollendo* L. un. Cod. *de caducis tollendis.* Const. *Tanta* § 6 in fine. L. un. Cod. *de Lege Fusia Caninia tollenda.* L. un. Cod. *de dedititia libertate tollenda.* L. un. Cod. *de Latina libertate tollenda.*

(3) La combinaison des sénatusconsultes Trébellien et Pégasien en fournit un exemple. § 7. Inst. *de fideicommiss. heredit.* Const. *Tanta.* § 6. Cette disposition est rappelée dans la Nov. I. C. 1 § 2.

contenir avec précision les élémens de la jurisprudence nouvelle, et fixer invariablement les idées de ceux qui s'appliquaient à la connaissance des lois, dès les premiers pas qu'ils feraient dans la carrière. Ce furent les livres élémentaires des principaux jurisconsultes, et particulièrement les Institutes de Gajus, qu'il prit pour modèles, et d'après lesquels il fondit, dans ce travail introductoire, une grande partie des innovations qu'il avait faites dans la législation, et il ne cessa de présenter à l'esprit des étudians en droit le systême ancien des lois avec les simplifications et les retranchemens qu'il avait cru pouvoir y faire. Ce traité introductif est connu sous le nom d'Institutes. Tribonien, qui sentait que dans une loi nouvelle qui n'était pas composée de fragmens d'anciennes lois ou d'anciens ouvrages, le principal mérite devait être la simplicité et l'unité dans les idées, ne chargea pas de ce travail la grande commission qui avait rédigé le Digeste et le Code; il ne s'adjoignit que Dorothée et Théophile, deux professeurs qui avaient concouru au reste de la législation (1), et c'est probablement par cet arrangement judicieux, qu'il parvint à donner à ces Institutes une couleur parfaitement égale, et telle qu'elle convient à un ouvrage élémentaire. Cependant, et c'est encore une de ces vérités profondes, que pénétrait le génie de Tribonien, si les Institutes n'eussent été qu'un simple ouvrage scientifique, elles eussent pu honorer un professeur chargé de l'instruction de la jeunesse, mais elles auraient été au dessous du législateur; il ne manqua donc pas d'insérer

(1) *Prooem. Inst.* § 3.

dans ces Institutes mêmes des décisions d'anciennes questions, et des simplifications des lois antérieures (1) qui pussent rendre cet ouvrage digne d'être sanctionné par l'Empereur et d'obtenir également force de loi.

Par la publication des Institutes du Digeste et du Code, auxquels fut attribuée une force législative égale (2), toutes lois précédentes, celles des douze tables, ainsi que les autres lois spéciales, les constitutions Impériales, les sénatusconsultes, les plébiscites, les édits perpétuels, de même que le droit non écrit, les ouvrages et opinions des jurisconsultes, les coutumes locales, tout ce qui enfin était antérieur à la promulgation de cette législation nouvelle, cessèrent d'être obligatoires, et pour la première fois les Romains, au moins depuis l'époque qui avait immédiatement suivi la rédaction des douze tables, se trouvèrent en possession d'un droit fixe, stable et connu. Chacun fut à même de consulter la loi écrite, et s'il était nécessaire de faire de bonnes études pour se pénétrer du systême général et de l'esprit de la législation; si la jurisprudence demeurait, comme elle doit demeurer toujours, une science qui exige des connaissances préa-

---

(1) § 7. Inst. *quibus ex causis manumittere* pr. Inst. *de nuptiis* § 6 Inst. *quibus modis jus patr. potestatis.* § 5 Inst. *de Atiliano tutore.* § 3 Inst. *de donat:* et passim.

(2) L'Empereur qui s'était glorifié de ne pas laisser dans ses lois de contradictions ou antinomies, eut bien garde de rien statuer sur l'autorité relative de ces lois : les règles qui préfèrent la doctrine du Code à celle du Digeste, ne sont dues qu'aux jurisconsultes commentateurs et glosateurs, qui découvrirent ou souvent prétendirent découvrir ces antinomies, dont plusieurs cependant ne tiennent qu'à une fausse interprétation de l'un des textes.

lables, et une application suivie aux lois, elle ne fut plus exclusivement accessible à quelques adeptes, mais les véritables sources en étaient patentes et ouvertes à chacun : le jurisconsulte put motiver avec certitude son opinion, il put la démontrer aux juges comme aux intéressés ; les magistrats eurent une règle certaine d'après laquelle ils purent rendre leurs décisions, et cette règle était connue, publique, et égale partout.

Tribonien, en législateur digne de ce nom, ne se contenta pas d'avoir établi une législation, que l'Empereur dans ses proclamations, donnait pour parfaite, quoiqu'en se plaignant de la faiblesse humaine il se réservât des innovations (1) législatives ; qui du moins s'approchait beaucoup de la perfection, comme l'a prouvé l'expérience; et dont les défauts sont plutôt ceux du siècle que du législateur, il désirait aussi assurer à la postérité le même avantage. Il est intéressant pour le sujet que nous traitons, de suivre pas à pas ses précautions, et les motifs qui les rendirent inutiles. Ces précautions se rapportent tant au droit écrit, qu'à la jurisprudence, l'interprétation et le droit coutumier.

Quant au droit écrit, Tribonien fit promettre à l'Empereur de ne pas changer la législation existante, ou du moins s'il ne pouvait résister au besoin de réglementer, ou aux sollicitations pressantes qui lui arrachaient des dispositions législatives, de les faire recueillir et réunir dans un nouveau code, auquel celui qu'on venait d'in-

(1) Const. *Tanta.* § 18. L. 2 § 18. L. 3 § 18. C. *de veteri jure enucleando.*

troduire pût servir de type (1). Certainement l'intention était bonne, mais dans un gouvernement où rien ne contrôlait le pouvoir souverain, où toutes les volontés du Monarque étaient suivies et obéies aveuglément, dans un despotisme absolu, comment rencontrer la garantie de l'exécution d'un précepte aussi salutaire? Le Prince est homme, et comme tel sujet à l'erreur, plus même que le particulier qu'on n'a pas égal intérêt à tromper ou à séduire. Le Prince est sujet à d'autres défauts, il peut être passionné ou capricieux, et dès qu'il lui suffit de vouloir, pour que cette volonté soit obligatoire, les lois qu'il rend se ressentiront de chaque variation dans son caractère, dans son humeur, dans ses désirs. Les Empereurs d'Orient n'étaient pas, et il s'en faut de beaucoup, exemts des faiblesses et des défauts de l'humanité en général; aussi ne se soucièrent-ils pas de s'en tenir aux sages dispositions de Tribonien: et à peine six semaines s'étaient écoulées depuis la publication du Code, que Justinien lui même, par une nouvelle loi (2), dérogea à une disposition très essentielle, en soumettant à la volonté du testateur la détraction de la quarte Falcidie, qui n'avait été introduite que pour restreindre la faculté illimitée de disposer par testament. Cette loi, dont rien n'explique la nécessité, ou l'utilité, avait le double défaut de détruire l'idée de stabilité qu'on avait pu concevoir

(1) Const. *Cordi nobis, de Emendatione codicis* § 4.

(2) Le Code devait avoir force de loi au seizième jour des kalendes de Décembre du quatrième consulat de Justinien (15 Novembre 534). La Novelle 1ère est datée des kalendes de Janvier, sous le consulat de Bélisaire (1 Janvier 535).

depuis peu de jours, et de déranger l'économie de la législation, à peine établie, sur un objet aussi important. Justinien rendit successivement un nombre assez considérable de lois nouvelles, connues sous le nom de *Novelles*, ou *d'Édits*, et comme Tribonien n'était pas là pour surveiller la législation, elles ne furent pas en harmonie avec les lois précédentes; elles ne furent pas non plus recueillies de la manière qu'il avait indiquée (1), et les successeurs de Justinien, qui n'avaient plus même l'idée de l'ensemble de la législation, les augmentèrent au point de faire renaître à cet égard l'ancienne confusion, et de nécessiter une nouvelle collection, appelée Basiliques, d'après l'Empereur Basile qui l'ordonna, collection qui, bien loin de reproduire la méthode et les grandes idées de Tribonien, rappelle involontairement les Codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien.

A l'égard du droit non écrit, les précautions de Tribonien, quoique bien plus grandes et mieux conçues, ne furent guère plus heureuses. Le collecteur et le rédacteur du Digeste, qui avait, selon le témoignage de Justinien, compulsé plus de deux mille volumes, et extrait trois millions de lignes ou paragraphes (2), dans

(1) Nous aurons à nous occuper par la suite de l'idée souverainement utile pour la pratique et l'usage journalier, des Authentiques, dont l'origine remonte aux glosateurs.

(2) » Et duo pene millia librorum esse conscripta, et plus quam » trecenties decem millia versuum a veteribus effossa, quae necesse » esset omnia legere et perscrutari, et ex his si quid optimum fuisset » eligere." Const. *Tanta*, § 1. L. 2 § 1. Cod. *de veteri jure enucleando.* Sur cette immense quantité, Tribonien ne conserva tout au plus qu'un vingtième: » in centum quinquaginta pene millia ver-

lesquels il n'avait trouvé de vraiment bon et utile que le petit volume qui renferme les Pandectes et les Institutes; qui avait été obligé de provoquer cinquante décisions Impériales, pour trancher autant de questions controversées, et bien plus grand nombre d'autres pour supprimer des formalités, des dispositions, des subtilités surannées, et depuis longtems vides de sens, ne pouvait méconnaître les grands défauts d'une jurisprudence abandonnée aux seuls commentateurs et interprêtes. Si le Digeste prouve qu'il savait apprécier le mérite des jurisconsultes, et les principes excellens, équitables et pleins de conséquence qu'ils avaient établis, de même que la subtilité de leurs argumens et de leurs divisions, la sagacité de leurs vues, la solidité de leurs raisonnemens, la perspicacité dans leurs applications aux cas donnés par l'expérience, enfin tout ce qui a depuis été si hautement estimé et évalué, le volume si exigu de la collection comparativement à l'étendue des matières qui avaient servi à la faire, prouve incontestablement qu'il avait reconnu la très grande partie des ouvrages de droit, comme peu propre à être conservée, soit qu'elle ne contint que des répétitions de ce qui avait été dit d'une manière plus concise et plus claire, soit qu'elle fût au dessous de la dignité du législateur. Personne mieux que lui ne savait combien dangereuse pour le public, combien peu avantageuse pour la science en elle même, était cette liberté de raisonnement, ou plutôt cette licence de di-

---

» suum totum opus consummantes." Const. *Tanta.* § 1 in fine. L. 2 § 1 in fin. Cod. *de veteri jure enucleando.*

vagation qui ne repose sur aucune base positive, ou qui s'écarte si loin de la sanction positive, qu'on la perd entièrement de vue. Aussi n'est-il pas étonnant que Tribonien, après avoir reconnu l'existence et peut être le maximum possible de cette confusion; après avoir réussi par des peines presqu'inconcevables, et une application d'une constance rare et exemplaire, à nettoyer cette véritable étable d'Augias (1); après avoir conçu une espèce d'horreur de l'empire des commentateurs et des interprêtes sur l'état de la législation et de la jurisprudence, n'ait cru son ouvrage incomplet s'il n'eût tâché de prévenir le retour de cet état de confusion, et ses dispositions à cet égard sont extrêmement remarquables.

De son tems comme du nôtre, et par la nature même des choses, il devait se former trois écoles de Jurisprudence; ces trois écoles sont indépendantes des événemens, elles se séparent naturellement. La première est celle qui se borne à expliquer et à interpréter les lois telles qu'elles existent, à en saisir le sens d'après les expressions seules, et l'analogie des décisions dans des cas semblables; elle se borne à respecter aveuglément la sanction du législateur, et lorsqu'elle ne réussit pas à rendre le sens assez clair ou à concilier des disparates, se borne à reconnaître son insuffisance, mais adopte néanmoins les décisions obscures et contradictoires, au besoin, avec quelque fiction, qui en adoucisse la rudesse, et diminue l'antinomie, qu'elle reconnait: cette école peut s'appeler

(1) C'est cependant cette confusion à laquelle le systême historique tend à nous ramener.

pragmatique ou dogmatique, comme l'on voudra (1): la seconde est celle qui s'attache également au texte de la loi, mais cherche à éclairer, d'après les règles de la critique, ce qu'elle ne peut expliquer ou concilier directement; elle préfère douter des expressions du législateur, lorsque, par une conjecture plus ou moins fondée ou hazardée, elle peut émender le sens, le rendre plus clair, plus précis ou plus conséquent: cette école est celle des jurisconsultes littérateurs, ou comme ils se sont nommés, (dénomination qui par la suite a été généralement adoptée) des jurisconsultes élégans (2). Enfin la troisième est celle de ceux qui expliquent les lois par ce que le législateur a pu et dû dire, qui s'attache aux causes de chaque disposition, à la série d'événemens auxquels elle doit sa naissance, et qui interprète historiquement les obscurités ou les antinomies (lesquelles souvent ne résultent que d'un anachronisme, qui a fait admettre le même mot dans la signification d'une époque postérieure comme synonime de ce même terme à une époque antérieure, et qui par conséquent rapporte souvent au même mot ce qui n'appartient pas à la même chose); cette école est connue sous le nom d'historique (3). Nous

(1) Cette école est principalement celle des jurisconsultes Français à la tête desquels on peut nommer le célèbre Pothier. Elle se glorifie de l'exemple de Cujas, de Domat, des Godefroy etc.

(2) *Elegantiores jurisconsulti*; c'est principalement celle des jurisconsultes Hollandais, Noodt, Schulting et autres. Cette école cite aussi l'exemple de Cujas.

(3) Cette école est celle de l'Allemagne moderne qui s'étend dans les Pays-Bas et même en France: elle allègue aussi Cujas comme son modèle.

ne prétendons pas qu'aucune de ces écoles ait jamais prétendu exclure la méthode (1) des autres, mais nous avons cru pouvoir les classifier d'après celle qu'elles affectionnent de préférence. Ces trois écoles existaient parmi les jurisconsultes Romains, et il ne serait pas difficile, quoiqu'assez inutile, de rechercher quels étaient les chefs et les sectateurs des différentes écoles. Les précautions de Tribonien se rapportent à toutes, mais comme il ne les considérait pas comme également dangereuses, ces précautions ne furent pas non plus pareilles.

D'abord, l'Empereur défendit en général tous les commentaires sur les lois promulguées (2); il ne permit que des sommaires (3) ou abrégés, dans lesquels la théorie de chaque titre ou division serait expliquée en peu de mots. Ce n'est pas l'interprétation dogmatique ou pragmatique qui était entièrement prohibée, ce qui d'ailleurs est absolument impossible, mais seulement la longueur des commentaires et l'éloignement des conséquences du texte des lois; ce sont les expressions mêmes du législateur (4). En cas de doute, l'Empereur se réservait

(1) C'est ainsi que toutes ces écoles rendent hommage au Prince des jurisconsultes modernes, titre que mérite certainement Cujas, en rapportant à lui leur méthode.

(2) Const. *Tanta.* § 21 L. 2 §. 21. C. *de veteri jure enucleando.*

(3) C'est ainsi que nous croyons pouvoir rendre le sens de *Paratitla.*

(4) » Alias autem legum interpretationes, immo magis perversio» nes eos jactare non concedimus, ne verbositas eorum aliquod le» gibus nostris adferat ex confusione dedecus: quod et in antiquis » Edicti perpetui commentatoribus factum est, qui opus moderate » confectum huc atque illuc in diversas sententias producentes (con» trahentes) in infinitum detraxerunt, ut pene omnis Romana sanctio » esset confusa." Const. *Tanta.* § 31.

l'interprétation de ses lois; interprétation authentique, qui, indépendante des jurisconsultes, reposait cependant sur la supposition du doute reconnu. La traduction même des lois était défendue, si elle n'était faite littéralement, afin d'éviter toute difficulté sur l'explication du texte de la loi, qui devait toujours être la base seule et unique de toutes les décisions.

Ces dispositions quoique faites à bonne intention, portaient en elles le germe de leur insuffisance. La prohibition des commentaires, appuyée d'une poursuite criminelle contre les commentateurs, que la loi assimilait aux faussaires, ne pouvait se soutenir longtems, d'autant moins que les altérations, que les Novelles opéraient sans cesse dans la législation, devaient rendre indispensables des livres élémentaires, et des raisonnemens approfondis sur les conséquences plus ou moins directes de ces innovations (1). Une traduction des lois était nécessaire parceque, rédigées en Latin, du moins pour la plus grande partie, elles devaient servir à l'Empire d'Orient, où le peuple parlait le Grec; et cependant il est de toute impossibilité de faire une traduction littérale d'une loi dont on veut conserver le sens, puisqu'il n'est pas deux langues qui aient exactement le même esprit, et dans lesquelles les expressions puissent être rendues avec la même force. Il est de toute impossibilité de faire une loi dans deux langues, et de donner également force obligatoire à deux textes; on peut faire des traductions passables et assez approchantes; encore faut-il beaucoup de talent

(1) Nous reviendrons plus tard sur les authentiques.

et d'application pour ce travail, mais ce n'est qu'en abandonnant l'idée d'une version littérale; et quant à la différence dans les conséquences, suite inévitable des différences dans le texte, il faut que la loi elle même décide de la version originale, de celle qui doit prévaloir en cas de différence.

Cette vérité si palpable vient d'être dissimulée de nos jours dans le Royaume des Pays-Bas, où on s'occupe d'une législation tant en Hollandais qu'en Français (1); elle parait avoir échappée à la sagacité de Tribonien, lequel peut-être a cru que la publication des lois en Latin, et la défense de toute traduction non littérale, suffirait pour établir la prééminence du texte Latin auquel on devrait recourir en cas de doute. Toujours est-il que le besoin de la nation et de l'époque a trompé son attente, et renversé la digue qu'il voulait opposer aux commentateurs, dont le débordement a bientôt justifié ses craintes. Dès le tems de Justinien ou peu après (2), Théophile (que plusieurs savans estiment le même que celui qui avait coopéré à la rédaction des Institutes, du Digeste et du Code) donna en Grec, non une traduction, mais une paraphrase des Institutes, sans qu'il pût s'astreindre à tra-

(1) La discordance qui existe souvent entre ces deux textes, ne suffit pas seule pour prouver cette vérité, et pourrait être attribuée au défaut de soins donnés à la rédaction de chacun de ces textes. Il est de fait que la question sur la préférence due à l'un des textes sur l'autre, n'a jamais été posée, bien moins décidée dans le Royaume des Pays-Bas.

(2) V. l'excellente édition de cette paraphrase de Théophile en Grec, avec une version Latine en regard, qu'a donnée G. O. Reitz à la Haye 1751, in 4°.

duire littéralement, quoiqu'il ne fît aucun scrupule de laisser subsister en Latin, souvent même écrites en caractères italiques, les principales expressions techniques: tant l'expérience prouve l'impossibilité de rendre en deux langues les mêmes dispositions législatives. Les commentaires, les paraphrases, le *Brachylogus Juris* (1), le promtuaire d'Harménopule, les Basiliques et leurs scholiastes suivirent bientôt, et en Orient l'utilité des précautions de Tribonien fut perdue.

Ce grand homme parait néanmoins avoir eu la prévision ou le pressentiment du peu de succès de la prohibition des commentaires, et ce fut pour paraliser leur influence, pour donner du moins une tendance égale aux écrits des jurisconsultes, qu'il fit rendre des ordonnances destinées non seulement à règler le cours des études du droit, mais aussi à borner ces études aux deux seules universités de Beryte et de Constantinople. La jalousie des professeurs, dont chacun voulait mériter la préférence sur ses collègues, parvint à éluder cette disposition, et les jurisconsultes postérieurs à Justinien ne présentent pas plus d'unité dans leurs décisions, que ceux des époques précédentes; seulement on s'apperçoit assez généralement que l'ordre méthodique des Institutes, que

(1) Senckenberg, dans l'édition qu'il en a donnée à Frankfort et Leipzic 1743, in 4°. que j'ai en ce moment devant moi, l'attribue sinon à un Empereur Grec, du moins à un jurisconsulte du tems de Justinien ou de Justin II. Mais Mr. de Savigny, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Tom. II Ch. 14 p. 238 et suiv. donne des motifs puissants pour croire que cet ouvrage a été écrit dans l'Italie, sous la domination Lombarde, ou peu après, vers le regne de l'Empereur Louis le débonnaire.

l'exemple de Gajus seul n'avait pas fait adopter avant les lois nouvelles, exerça par l'autorité de la sanction Impériale une influence salutaire sur les écrits des commentateurs (1).

Les variétés que pouvaient présenter les exemplaires du volume des lois, les doutes que pouvait répandre, sur les véritables expressions du législateur et, par une conséquence nécessaire, sur le contenu de ses dispositions, la différence des leçons du Digeste ou du Code, était une seconde difficulté, que Tribonien prévoyait, et qui ouvrait un vaste champ aux travaux des jurisconsultes de l'école littéraire. Dans l'état actuel, depuis l'invention et la propagation de l'Imprimerie, nous ne pouvons apprécier que par conjecture, dans toute son étendue, la difficulté qui devait résulter de la nécessité de copier séparément et à la main chaque exemplaire d'un ouvrage: nous ne pouvons nous placer dans la position de la société, lorsque la possession d'un livre était rare, et que peu de personnes avaient les moyens de se procurer l'argent nécessaire pour les payer. Déjà, nous avons vu l'Empereur Justinien témoigner publiquement que le recueil fait par ordre du Monarque avait été insuffisant, et que Tribonien avait suppléé à ce manque, en prêtant des livres de sa bibliothèque, lesquels étaient inconnus

(1) C'est ce qui est entr'autres prouvé par l'excellent ordre et la méthode du *Brachylogus Juris*, petit ouvrage dans lequel l'auteur a réuni tout ce qui, dans les Institutes, se trouvait d'applicable à son époque, et une grande partie des lois sur la procédure, tirées du Digeste, et qui n'est guère plus étendu que les Institutes de Justinien.

même des plus érudits (1): le même Empereur atteste qu'il était peu de jurisconsultes assez riches pour se procurer les livres nécessaires à la science (2): les bons copistes étaient rares, et il fallait acheter au poids de l'or les momens qu'ils employaient à un travail aussi fastidieux et ingrat: on devait se contenter des livres écrits par des personnes peu instruites et négligentes, et ménager le tems de ceux qui avaient de la capacité et de l'attention: de là, des copies mal écrites et illisibles, remplies de fautes d'ortographe, incompréhensibles à cause des omissions, des surcharges, des altérations, et de toute autre espèce de défauts, abrégées par des notes ou sigles dont se servaient les copistes trop pressés, et qui épargnaient une partie de leur tems et de leurs peines aux dépens des lecteurs.

Avec des copies si rares et si défectueuses, qu'on devait corriger par le rapprochement de plusieurs exemplaires, les cas devaient être fréquens dans lesquels on ne s'entendait pas sur ce que le législateur avait écrit, et Valentinien avait déja, en confirmant les écrits des jurisconsultes, tracé quelques règles qui devaient guider les juges (3): mais ces règles elles mêmes n'étaient pas bien fixes, et leur application pouvait, devait même, varier d'après l'opinion de chaque juge ou tribunal,

(1) » Antiquae autem sapientiae librorum copiam Tribonianus vir » excellentissimus praebuit in quibus multi fuerant et ipsis eruditis- » simis hominibus incogniti." Const. *Tanta.* § 17 L. 2 § 17. C. *de veteri jure enucleando.*

(2) » Propter inopiam librorum quos comparare eis impossibile » erat" ibid.

(3) L. un. Cod. Theod. *de responsis prudentium.* L. 1 T. 4.

d'après le nombre et l'état des exemplaires qui se trouvaient sous la main, et qu'on avait la faculté de comparer. Tribonien ne pouvait faire disparaître cette difficulté trop réelle; il était réservé à une époque bien postérieure de fixer, au moyen de l'impression, la parfaite similitude entre un grand nombre d'exemplaires, et de publier les livres à un prix modique qui les mette à la portée de chacun: il fit ce qu'il put pour diminuer la confusion, en défendant sous peine de faux d'employer des sigles, des notes, des abréviations, dans les copies de livres des lois; poussant même le scrupule jusqu'à défendre les chiffres, et à ordonner que tous les nombres seraient écrits en toutes lettres (1).

De toutes les atteintes que les jurisconsultes auraient pu porter à la législation nouvelle, il parait que Tribonien a principalement redouté celles de l'école historique, et il est vraiment curieux de voir comment ce législateur, si digne de ses hautes fonctions, a prévu jusqu'aux moindres détails de ce que nous avons vu reproduire de nos jours, par les jurisconsultes Allemands qui suivent la méthode indiquée par MM. de Savigny et Hugo. En confirmant le digeste, l'Empereur Justinien non seulement en ordonne l'observation stricte, exacte et précise, mais il prohibe en propres termes d'alléguer d'anciennes lois ou d'anciens ouvrages des jurisconsultes, à peine de faux contre l'avocat qui se serait permis cette allégation, ainsi que contre le juge qui aurait toléré pareille allégation à son audience (2). Le motif qu'il rend de

(1) Const. *Tanta*. § 22.

(2) » Nemoque audeat vel comparare eas prioribus, vel si quid

cette disposition est simple, et la conséquence naturelle de l'idée première de sa législation, c'est que sa sanction ne porte que sur ce qui est écrit dans le Digeste, et qu'elle confirme tout ce qui y est écrit, et tel qu'il y est écrit. Tribonien ne rougit pas des fautes qu'on lui a reprochées; il ne désavoue point d'avoir tronqué les ouvrages des jurisconsultes, d'en avoir interverti l'ordre, d'avoir interpolé des lignes et des mots, d'avoir dénaturé le sens primitif et l'intention de l'auteur; au contraire il s'en glorifie, il se reconnait l'auteur de tout ce que renferme le Digeste, il en assume la responsabilité et s'il veut bien rappeler le nom du jurisconsulte, dans les ouvrages duquel il a puisé, ce n'est pas pour que l'autorité de ce jurisconsulte ajoute quelque poids à ses paroles, mais uniquement pour que le nom de ce jurisconsulte jouisse de l'honneur de voir son opinion alléguée. Ce n'est plus le fragment d'Ulpien ou de Papinien qui aura quelque autorité en justice, mais ce sera la loi tirée d'Ulpien ou de Papinien qui sera obligatoire, par le seul motif qu'elle a été jugée digne d'entrer dans la composition du Digeste (1). Il n'est plus question du

» dissonans in utroque est, requirere; quia omne quod hic positum » est hoc unicum et solum observari censemus. Nec in judicio nec » in alio certamine ubi leges necessariae sunt ex aliis libris, nisi ab » iisdem Institutionibus nostrisque Digestis, et Constitutionibus a » nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere » conetur, nisi temerator velit falsitatis crimini subjectus, una cum » judice qui eorum audientiam patiatur poenis gravissimis laborare." Const. *Tanta.* § 19.

(1) »Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia est ut nomina » Prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo, sed unus- » quisque eorum qui auctor legis fuit nostris Digestis inscriptus

plus ou moins de crédit de tel ou de tel auteur; la force obligatoire résulte uniquement et exclusivement de la sanction accordée à l'ouvrage entier du Digeste ou du Code, dont le fragment ou la constitution fait partie; c'est comme loi de Justinien qu'elle appartient au droit Romain: comme fragment d'auteur ou de constitution impériale, elle est du domaine de l'histoire ou de l'archéologie (1).

Telle avait été dès le principe l'intention du législateur, et dans l'instruction donnée à la commission chargée de la rédaction du Digeste et du Code (2) se trouve

---

» est: hoc tantummodo a nobis effecto, ut si quid in legibus eorum » vel supervacuum vel imperfectum vel minus idoneum visum est, » vel adjectionem vel diminutionem necessariam accipiet et rectis- » simis tradatur regulis, et in multis similibus vel contrariis quod » rectius habere apparebat hoc pro aliis omnibus positum est unaque » omnibus auctoritas indulta; ut quidquid ibi scriptum est hoc nos- » trum appareat et ex nostra voluntate compositum; nemine audente » comparare ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas » introduxit: quia multa et maxima sunt quae propter utilitatem » rerum transformata sunt; adeo ut etsi principalis Constitutio fue- » rat in veteribus libris relata neque ei pepercimus, sed et hoc cor- » rigendum esse putavimus et in melius restaurandum." Const. *Tanta*, § 10.

(1) C'est ce que cependant nous voyons dans tous les ouvrages de l'école historique du droit en Allemagne et ailleurs.

(2) » Et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam » scripturam arguere audeat. Cum enim lege antiqua quae regia » nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi romani in Im- » peratoriam translata sunt potestatem, nos vero sanctionem omnem » non dividimus in alias et alias conditorum partes, sed totam nos- » tram esse volumus: quid possit antiquitas nostris legibus abro- » gare? Et in tantum eadem omnia cum reposita sunt obtinere: ut » si aliter fuerint apud veteres conscripta in contrarium autem in

l'ordre très positif de ne pas s'arrêter, soit aux expressions des anciens auteurs ou des anciennes lois, soit à l'ordre qu'ils avaient suivi, mais de tout réformer d'après ce qui serait jugé convenable, comme s'il avait été rédigé entièrement de nouveau. Nous ne voulons pas, ajoute l'Empereur, qu'on vienne blâmer ce que vous aurez écrit par suite d'une comparaison avec les anciens écrits; le pouvoir souverain nous a été transmis, et nous ne divisons pas notre sanction à telle ou telle partie, mais l'étendons à la totalité: nous ordonnons que tout ce que vous nous proposerez soit suivi, et s'il y a quelque différence d'avec ce que les anciens avaient écrit, qu'on ne l'impute pas comme faute à votre recueil, mais qu'on l'attribue à notre choix et volonté. C'est d'après cette instruction si positive que les commissaires et que Tribonien ont travaillé, c'est elle qui répond aux accusations d'interpolation, de morcellement, d'altération dans les fragmens des jurisconsultes et dans les Constitutions Impériales, qui réhabilite la mémoire de Tribonien si mal à propos attaquée, et qui repousse l'idée de rechercher les anciens jurisconsultes Romains et les constitutions antéjustiniennes, pour expliquer et pour comprendre ce qui est désigné sous le nom de droit Romain, ce qui a survécu à l'Empire pour lequel il a été créé, ce qui, après treize siècles, régit encore comme droit subsidiaire la plus grande partie du monde civilisé, ce qui, même dans les pays qui n'ont jamais obéi à ces lois ou

---

» positione invenientur, nullum crimen scripturae imputatur sed nos-
» trae electioni hoc adscribatur." Const. *Deo auctore.* § 7. L. 1. § 7. in fine Cod. *de veteri jure enucleando.*

qui se sont soustraits à leur obéissance, est respecté comme modèle de sagesse et presque comme l'idéal de la perfection législative.

En admettant avec Mr. de Savigny et tous les sectateurs de l'école historique (car nous ne voulons contester leur doctrine que sur la base la plus large) l'excellence du droit Romain, et plus particulièrement du Digeste; en admettant même que l'excellence des jurisconsultes Romains soit la conséquence immédiate et nécessaire de leur état politique, et de ce qu'on abandonnait à elle-même la jurisprudence, sans en faire l'objet direct de la législation, il faudra toujours convenir que cette jurisprudence a dû être réduite au-dessous du vingtième, pour en faire un ensemble de législation; que l'autorité souveraine a dû intervenir pour en faire disparaître des dispositions surannées depuis longtems abolies par l'usage, et qui ne présentaient que des dénominations et des paroles désormais vides de sens, et embrouillaient l'esprit de ceux qui, s'appliquant à la connaissance des lois, se trouvaient obligés de deviner des énigmes (1); qu'il a de même fallu recourir à cette autorité souveraine pour trancher un bon nombre de questions indécises; enfin, que cette jurisprudence était devenue un véritable chaos, dont la confusion n'a été débrouillée que lorsque le souverain, après un triage soigneux, et des dispositions posi-

(1) » Nec jure Quiritum nomen, quod nihil ab aenigmate dis» tat nec unquam videtur, nec in rebus apparet; sed vacuum est et » superfluum verbum per quod animi juvenum qui ad primam le» gum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis, » inutiles legis antiquae dispositiones accipiant." L. un. Cod. *de nudo jure Quiritum tollendo.*

tives de toute espèce, y a substitué une législation fixe, stable et écrite, dans laquelle il a bien voulu rendre un hommage quelconque aux noms et aux ouvrages de ces jurisconsultes, dont néanmoins l'instruction qu'il a dû donner aux rédacteurs fait une critique sevère et, sans aucun doute, méritée.

Ce n'est cependant pas que nous voudrions bannir de l'étude du droit la connaissance de son histoire ou des antiquités: bien au contraire, et sans cette connaissance une grande partie des dispositions législatives, contenues dans les Institutes, le Digeste et le Code, serait incompréhensible: Tribonien lui-même a indiqué la nécessité de cette liaison; il en a posé les limites raisonnables. Dans l'ouvrage élémentaire, principalement destiné à servir d'introduction à la science du droit et de base aux études du jurisconsulte, et auquel, à raison de plusieurs dispositions nouvelles et dérogatoires aux anciens principes qu'il contient, Justinien a pu et a de fait donné une sanction législative, dans les Institutes, Tribonien n'a pas manqué de donner un apperçu historique de chaque objet qu'il traitait (1); apperçu suffisant, surtout avec les éclaircissemens que pouvait fournir, soit l'explication verbale du professeur, soit un court exposé, en forme de sommaire du titre (*paratitlon*), afin de donner à l'étudiant les notions sans lesquelles la loi eut été inintelligible. Dans le Digeste, il a inséré un titre conte-

(1) Tit. Inst. *de jure naturali gentium et civili.* pr. Inst. *de nuptiis.* Tit. Inst. *de Attiliano Tutore.* pr. Inst. *de Usucapionibus.* § 1. 2. 3. Inst. *de Testam. Ordin.* pr. Inst. *quibus non est permissum facere testamentum* etc.

nant l'histoire du droit ancien et de la jurisprudence, d'après Gajus et Pomponius (1), lequel titre est suivi des lois qui se rapportent aux modes de constituer les lois et la jurisprudence dans les tems anciens; dans le Code, il a donné l'histoire de sa législation (2) composée des pièces officielles, l'instruction donnée à la commission chargée de réunir les lois, et la sanction législative de ces recueils, auxquelles il a également joint ce qui se rapportait au mode de constituer les lois, et la jurisprudence; et afin de demeurer parfaitement conséquent dans ce qu'il avait fait pour prévenir le retour de l'ancienne confusion, il a, dans le Code, relégué le titre de l'usage et la coutume (3) bien loin de ce qui appartenait à la législation: quoique, dans ce titre, il ait bien positivement subordonné l'usage ou droit non écrit à la législation positive (4), il n'a pas cru pouvoir user

(1) *De origine juris et omnium magistratuum et successione prudentium* L. 1. D. T. 2. ib. Tit. 3. *de legibus senatusconsultis et longa consuetudine.* Tit. 4. *de constitutionibus principum.*

(2) *De Veteri jure enucleando.* Lib. 1. Tit. 17. ibid. Tit. 14. *de Legibus et Constitutionibus Principum et Edictis.* Tit. 15. *de mandatis Principum.* Tit. 16. *de Senatusconsultis.*

(3) *Quae sit longa consuetudo.* L. 8. Tit. 53.

(4) » Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est verum non adeo sui valitura momento ut rationem vincat aut legem." L. 2. Cod. *quae sit longa consuetudo.* Il est vrai qu'un jurisconsulte célèbre de l'école littéraire, qui peut être regardé comme l'un des premiers qui aient tenté la méthode historique, a soupçonné que cette loi, qui est de l'Empereur Constantin, se rapporte à la coutume antérieure et à la religion payenne: *Noodt, ad Dig. Tit de legibus:* opinion que d'autres ont suivie: mais j'observe d'abord que si la loi eut été temporaire, Justinien ne l'aurait pas fait passer dans le Code; que d'ailleurs Justinien a donné force

de trop de prudence, pour éviter les envahissemens de l'usage, de la jurisprudence et du droit non écrit sur le territoire de la législation fixe, certaine et écrite. Nous avons déjà vu ce qui a rendu inutiles toutes les précautions qu'il avait prises: mais, dans la règle comme dans son idée, l'étude du droit ne doit pas tendre à détruire le droit écrit; elle doit suivre et imiter la méthode indiquée par le législateur.

Pour bien enseigner comme pour bien apprendre le droit Romain, il sera donc convenable de suivre la marche si clairement indiquée par la loi elle-même, en joignant aux premiers élémens, des apperçus historiqus suffisans pour donner une idée du sujet traité, pour autant que ce sujet tienne à des usages anciens politiques, civils ou religieux: il doit, à cet égard, suffire de donner une idée sommaire, pourvu qu'elle soit juste, et le grand objet devrait être de ne pas embrouiller les commençans par un développement trop étendu, bien moins par des controverses d'histoire ou d'antiquité qui les éloigneraient du véritable objet de leurs études, ou par des notions fausses auxquelles ne s'appliqueraient pas les dispositions des lois (1). Ce n'est qu'après avoir parcouru

---

de loi aux expressions qn'il a consacrées, indépendamment de l'intention première de l'auteur de la Constitution. (Const. *Cordi nobis de confirm. Cod.* § 1.) Enfin, que c'est avoir bien mauvaise opinion d'un législateur, que de lui faire statuer expressément ce qui ne pouvait faire l'objet d'un doute raisonnable, ce qui aurait lieu s'il fallait interpréter la loi dans ce sens, que la coutume antérieure ne peut abroger d'avance la loi postérieure V. les Pandectes de Pothier Tit. *de Legibus* Num. 30.

(1) Sous ce rapport, on peut citer, comme modèles, les ouvra-

les élémens de la science entière, après avoir non la pleine connaissance, mais un apperçu général de la science des lois dans son ensemble, après avoir fixé les principaux points auxquels se rapporteront toutes ou du moins la plupart des connaissances qu'on acquerra par la suite, qu'il convient de donner ses momens à la marche de la législation et à son histoire. C'est enfin après que les études du droit sont terminées, qu'on sait ou doit savoir à quoi s'en tenir sur le droit positif, sur les dispositions législatives existantes de fait et obligatoires; que celui qui se sent disposé à cette étude particulière (qui se rapporte à l'étude du droit, mais n'en fait pas partie, ou tout au plus en forme une branche très accessoire) peut s'appliquer à bien connaître l'histoire et les antiquités relatives à chaque disposition. Même pour celui qui, après avoir terminé ses études juridiques, veut s'appliquer à l'histoire du droit, il est du plus grand intérêt de ne jamais confondre ces deux objets différens, et sur tout de ne pas substituer à la législation positive, ce qui n'appartient qu'à l'histoire, ce qui a précédé la loi positive, et ce qui, par conséquent, n'est obligatoire que par cette loi postérieure, lorsqu'elle

---

ges élémentaires d'un jurisconsulte un peu trop prôné et trop aveuglément suivi anciennement, maintenant trop déprécié sur tout en Allemagne, de *Heineccius*. Depuis son tems, la connaissance de l'histoire et des antiquités de Rome a fait beaucoup de progrès, et les *Niebuhr*, les *Hugo*, les *Savigny* et autres ont étendu bien loin ce que nous en savions: ces ouvrages peuvent avoir besoin d'une révision, d'une augmentation ou extension: le plan n'en demeure pas moins excellent, et le seul que nous estimerions convenable, parcequ'il est conforme à celui que le législateur a tracé.

l'a confirmé; ce qui au contraire est abrogé par cette loi, lorsqu'elle ne s'en est point occupée. La connaissance de l'histoire et de l'antiquité peut servir à illustrer la loi existante, à en faire ressortir l'utilité, soit lorsqu'une ancienne disposition a été changée, soit lorsqu'une controverse a été plus soignée; elle peut servir à connaître dans quel esprit et à quelle fin le législateur a substitué sa volonté à ce qui était précédemment reçu, ou confirmé l'usage existant; mais jamais elle ne peut empêcher de suivre textuellement et au pied de la lettre la volonté expresse du législateur.

L'étude approfondie de l'histoire et des antiquités de Rome, les recherches et les découvertes des textes des anciens jurisconsultes peuvent donc être utiles à celui qui veut s'instruire à fond de l'ancienne jurisprudence Romaine; elles peuvent fournir quelques éclaircissemens sur des usages anciens, auxquels se rapportent des fragmens rappelés dans le Digeste ou des Constitutions insérées dans le Code; elles peuvent servir à redresser des notions moins exactes sur quelque objet particulier de la législation Romaine: à ce titre, nous croyons ces recherches, ces découvertes, celles surtout des Institutes de Gajus, très dignes de l'attention suivie des jurisconsultes, comme des littérateurs et des antiquaires, mais nous ne pouvons y attacher cette grande importance que plusieurs auteurs paraissent désirer. Ces ouvrages appartiennent à la connaissance de la jurisprudence ancienne (1), mais

(1) Aussi, les anciens jurisconsultes ne reconnaissaient toutes ces recherches que comme relatives à la jurisprudence ancienne. Schulting a intitulé son recueil JURISPRUDENTIA *antejustinianea*. Wieling,

leur influence sur le droit ne peut être que très indirecte.

Résumant en peu de mots l'opinion que nous nous sommes formée de la méthode la plus convenable de l'étude du droit, nous croyons que le texte de la loi, et ce texte tel qu'il a été sanctionné, doit être la seule et unique base, et que la littérature, l'histoire, la connaissance des antiquités, ne peuvent être utiles à cette étude que très secondairement, et en constituent une branche éloignée, en tant qu'il est nécessaire de connaître aussi exactement, que faire se peut, l'objet de la législation, sans cependant que jamais cette connaissance doive porter préjudice au fondement stable, certain et positif de la jurisprudence. Les recherches historiques peuvent être très utiles à celui qui, après avoir profondément étudié le droit positif et existant, désire s'appliquer à la science de la législation (1), sous cette con-

---

en restaurant les jurisconsultes d'après Labittus, Godefroy et du Pithou, a donné la *jurisprudentia restituta*. C'est un Allemand Hommelius qui, en reproduisant le travail de Wieling *jurisprudentia restituta* sous une autre forme, a osé l'intituler *Palingenesia* JURIS.

(1) C'est ainsi que l'entend le célèbre *Schulting*. » Simulque per» spicere dabitur quantum historia, antiquitates, et omne humanio» rum litterarum genus juri conferat, ut vicissim inde accipiat auxilii, » resque altera alterius ope indigeat. Ad has vero epulas ac delicias » illos primarie invitatos velim qui non tunc praeclare secum agi » existimebant, si inferioribus juris doctorum ordinibus possint sub» sistere: verum qui ad superiora et si facultas detur ad ipsum cacu« men adscendere meditantur." *Oratio de jurisprudentiâ historicâ* publiée à la suite de la *jurisprudentia antejustinianea*.

dition toutefois qu'il ne perde jamais de vue la loi existante, et qu'il ne substitue pas un système quelconque à la connaissance réelle; qu'il ne reconnaisse pas comme disposition législative, ce qui n'est que le résultat de l'histoire. En droit Romain, on peut fort bien ne pas s'accommoder de la méthode du Digeste, parceque les dispositions sont indépendantes de la méthode; mais alors, si le jurisconsulte de l'école historique cherche à rétablir les textes des anciens auteurs, et à reconstruire l'ancienne confusion (1), celui de l'école pragmatique se bornera à réunir les lois du Digeste, auxquelles il n'ajoutera que quelques notes explicatives, et ce qui est requis pour marquer les transitions, sans se mettre en peine de suivre la série qu'avait choisie chacun des jurisconsultes cités; en un mot, il suivra la méthode adoptée par Pothier dans ses Pandectes; méthode digne d'être suivie, et que la pratique s'est empressée de confirmer. En effet, et c'est un dernier argument qu'on peut ajouter à tous ceux que nous venons d'entasser, la pratique guidée par l'expérience journalière et par le tact qu'elle donne à reconnaître la vérité la plus utile, a rejeté uniformément toutes les explications ingénieuses ou savantes de l'école littéraire ou historique, et s'est constamment tenue attachée

---

(1) C'est ce qui résulterait de la restauration des ouvrages des anciens jurisconsultes, si elle était possible. On peut juger du prix qu'y attacheraient les sectateurs de l'école historique, par l'accueil fait à la découverte intéressante des Institutes de Gajus quoique bien mutilés, et à celle de quelques fragmens, absolument insignifians, d'un ouvrage sur les droits du fisc, dont jusqu'à ce jour on n'a pu tirer aucun parti.

à l'école pragmatique, et à l'observation littérale du texte des lois (1).

L'étude de la littérature, de l'histoire, des antiquités sera toujours utile au jurisconsulte; elle sera surtout indispensable à celui qui étudie la science de la législation, mais elle ne fera jamais partie des connaissances élémentaires du droit; et quel que soit le prix qu'on y attache, celui auquel la véritable science du droit tient à cœur devra surtout se garder de confondre l'histoire du droit, la succession des lois et des usages, les circonstances qui en ont consolidé les dispositions, ou qui ont amené des changemens, avec la sanction expresse. Il ne substituera pas, dans le Corps de droit Romain, des fragmens d'ouvrages de droit ou des Constitutions Impériales aux lois positives, quoiqu'exprimées dans les paroles d'un jurisconsulte ou d'un Empereur: il ne s'attachera pas à des coutumes vagues et indéterminées, lorsqu'il y a une coutume certaine, écrite et sanctionnée (2): enfin,

---

(1) En général, les interprétations des glossateurs qui n'abandonnaient pas le texte, ont prévalu dans l'usage sur toutes celles que l'école littéraire ou historique a fournies.

(2) C'est une erreur de croire que la différence des écoles historique et dogmatique se borne au droit Romain: Mr. de Savigny et les autres chefs les plus distingués de l'école historique se sont bien gardés de la commettre, quoique la différence soit moins marquée. Toutes les coutumes ont été rédigées par écrit; et lorsqu'un pareil recueil a reçu la sanction expresse du Souverain (comme les coutumes homologuées de la France et des Pays-Bas) ou celle de l'usage, comme dans les villes de l'Allemagne (*Weichbilder*) ou dans des pays plus étendus (*Sachsenspiegel*, *Schwabenspiegel*), les mêmes principes feront rechercher de préférence la connaissance de l'usage préexistant à la coutume rédigée par écrit ou le texte de cette

il reconnaîtra que la science du droit est une science positive, qui repose sur une base fixe et invariable, la volonté dn législateur.

Troisième Lettre.

J'ai développé, dans ma précédente, mon opinion sur la préférence que mérite la méthode dogmatique ou pragmatique, sur la méthode historique de traiter et d'étudier la science des lois; ce développement a peut-être eu trop d'étendue; mais je desirais faire connaître mon idée toute entière, et j'ai cru qu'il fallait accumuler les preuves, qu'il fallait les rendre aussi claires que le jour, pour pouvoir me flatter de combattre avec quelque succès la profonde science, le talent d'argumentation remarquable, la réputation colossale et Européenne de Mr. de Savigny, et qu'opposant une opinion isolée ou dénuée des preuves les plus tranchantes à une autorité d'un tel poids, serait une tentative inutile, même ridicule ou digne de pitié. Je passe, ainsi que je vous l'avais annoncé, à l'examen d'une autre question également controversée sur l'utilité, la nécessité et même la possibilité d'une codi-

---

coutume. Encore alors nous croyons devoir préférer la méthode de *d'Argentré* sur la coutume de Bretagne, de *Chasseneux* sur celle de Bourgogne, d'*Automne*, et pardessus tous de *Coquille* sur la coutume de Nivernais, et de *Dumoulin* sur celle de Paris; ces auteurs s'attachent principalement aux paroles de la coutume, et n'allèguent l'histoire de la coutume qu'en sous-ordre.

fication (1), sur laquelle j'ai également le malheur de différer d'opinion avec Mr. de Savigny, quoique j'admette parfaitement l'intime liaison de cette question avec celle de la méthode de traiter et d'enseigner la science du droit. Ce sera l'objet de ma présente lettre.

Avant de vous soumettre les motifs de mon opinion, et de passer à la réfutation des objections de Mr. de Savigny, ainsi que de celles que vous avez recueillies vous-même, je ne puis m'empêcher de reconnaître le grand embarras dans lequel je me trouve placé, entièrement différent de cette espèce de défiance dont je ne pouvais me défendre, en commençant l'exposé de ma doctrine sur l'école historique. La question que je traitais dans ma précédente était en quelque façon neuve; si les anciens jurisconsultes Romains, si Tribonien et ses collègues l'ont, à ce que je crois, entrevue et se sont décidés dans le même sens que celui que j'ai suivi, ils n'ont émis leur opinion (du moins dans ce qui nous reste de leurs ouvrages) qu'en passant; et depuis les progrès de la nouvelle école historique du droit, principalement en Allemagne, personne, que je sache, ne s'est occupé *ex professo* d'en combattre le systême, personne, du moins, n'a mérité de faire école ou de causer quelque impression générale en faveur de la thèse que j'ai cru

(1) Ce mot, qui n'a été composé et usité qu'en Anglais, est devenu assez familier pour s'en servir en Français, et ne pourrait être rendu que par périphrase. Je m'en sers d'après l'autorité de Mr. Dumont, le savant et judicieux rédacteur des ouvrages de Bentham, que la mort vient d'enlever ces jours-ci, et dont la science regrette la perte irréparable.

pouvoir, et dans l'intérêt de la science et du droit devoir défendre. La question sur la codification a été souvent examinée, et les autorités les plus graves se sont réunies en faveur de la codification. Je ne parle pas de la décision prise par la plupart des gouvernemens, en France, en Prusse, en Autriche, dans les Pays-Bas, en Bavière, en Saxe, dans l'Espagne même et en Portugal, parceque nous ne nous occupons maintenant que des argumens scientifiques, et que nous aurons bientôt à nous enquérir du résultat des codes sanctionnés; mais j'ai principalement en vue les ouvrages de Jeremy Bentham, dont je ne puis citer le nom sans vénération, quoique je ne puisse partager toutes ses idées, ni méconnaître qu'il n'est pas plus que tout autre homme exemt de défauts (1), ainsi que l'analise de son ouvrage donné dans un des journaux les plus distingués de la Grande Bretagne (2) et qu'on attribue au célèbre Sir Samuel Ro-

(1) Je crois que *Jeremy Bentham* peut être placé au nombre, sinon à la tête des penseurs les plus profonds et les plus exemts des préjugés de toute espèce. On ne peut cependant disconvenir que la profondeur même de ses idées ne fasse naître quelque obscurité, défaut qu'il semble estimer et chérir (le même reproche a souvent été fait à un autre philosophe également profond, *Immanuel Kant*), et que la haine et le mépris des jurisconsultes ne soit un autre défaut de ses ouvrages. Il est moins connu sur le continent, où ses oeuvres ne commencent qu'à se répandre, grâce à la rédaction de Mr. *E. Dumont* qui les rend préférables à l'original Anglais. L'ouvrage que j'ai actuellement en vue a été publié en Angleterre sous le nom de *Papers on Codification*, London 1817, et sur le continent sous celui *de l'organisation judiciaire et de la Codification*. J'ai devant moi l'édition de Paris 1820: déja une nouvelle édition est annoncée à Bruxelles.

(2) *Edinburgh review*, Nov. 1817. Mr. *Dumont* a eu l'heureuse

milly (1). Lorsque Bentham et Romilly ont examiné une question, lorsqu'ils se sont prononcés pour une opinion, que peut-il rester à un autre qui adopte leur résultat, que de renvoyer à leurs raisonnemens en conservant un silence respectueux, ou de répéter les argumens qu'ils ont employés, c'est à dire d'en diminuer la force sans y rien ajouter?

J'aurais pu, j'aurais dû peut-être suivre le premier parti, me référer à l'ouvrage que je viens d'indiquer, et borner à quelques réfutations d'objections qui n'avaient pas été faites, ou qu'ils n'ont pas recueillies, ce que j'avais à dire sur un sujet aussi important, s'il n'était un seul point de vue, sous lequel ils n'ont pas présenté la question, et qui peut servir à rendre encore plus palpable une vérité qui, après leurs argumens, devrait être incontestable. J'insiste avec plus de force sur cet argument, parcequ'il n'est pas donné à chacun de s'élever à la hauteur des vues d'un Samuel Romilly, ou de suivre les abstractions et l'immense profondeur des idées d'un Jeremy Bentham, tandis que le raisonnement que je me permets de faire après eux en faveur du système de la codification, est tellement simple et naturel, qu'il est à la portée d'un chacun,

---

idée de donner cette analise en Français et avec quelques retranchemens moins importans dans sa rédaction de l'ouvrage de Mr. *Bentham*, on la trouve dans l'édition indiquée pag. 362 et suiv.

(1) La profondeur des idées et la justesse du raisonnement qui caractérise cette analise, permet en effet d'en faire honneur à un des jurisconsultes les plus savans, les plus judicieux, les plus libéraux et les plus éclairés, qui jamais aient illustré la science et le barreau.

même de celui qui jamais ne s'est appliqué à l'étude des lois.

Avant de penser à cet argument, commençons par poser un fait incontestable, quoiqu'on ne s'en soit guère occupé, c'est qu'il n'existe pas de jurisprudence non écrite. Il serait impossible d'enseigner une science qui n'existerait que dans la tête du docteur; il serait également impossible que la mémoire d'un homme suffît pour embrasser toutes les dispositions introduites par les lois ou les usages, ainsi que tous les faits à l'appui de cette doctrine. Partout et en tous tems on a fixé par écrit les lois expressément sanctionnées, comme les usages, les faits qui ont amené ces usages, les décisions judiciaires qui, comme précédens, étaient destinées à faire autorité. Les traditions, même religieuses, ont éte recueillies et consignées par écrit; si elles ont pu se conserver pendant quelque tems, et à l'aide d'un secret profond parmi un petit nombre d'adeptes, cette conservation même a nécessité qu'elles fussent fixées d'une manière ou d'autre et transmises à des successeurs, soit sous le voile du mystère, soit ouvertement et publiquement. Ceux qui cherchaient à perpétuer les traditions mystérieusement ont employé des signes particuliers et cachés, des hiéroglyphes; ils écrivaient dans une langue cachée ou secrète (1), ou bien ils se servaient de paraboles, d'allusions, et donnaient à leurs idées une répré-

(1) *Langue hiératique.* Les travaux et les hypothèses ingénieuses de Mr. Champollion, que l'expérience confirme chaque jour, répandront une lumière vive sur cette partie de l'histoire des Egyptiens.

sentation fabuleuse (*mythologie*) (1): ceux qui ne croïaient pas devoir se cacher aux yeux du vulgaire, ou dont les secrets étaient dévoilés, consignaient par écrit les traditions qu'ils avaient ou prétendaient avoir reçues de leurs prédécesseurs (2). Ce qui s'est pratiqué à l'égard du culte religieux, ce qu'on a suivi avec plus d'exactitude à l'égard des religions diverses, n'est autre chose que ce qui doit être la marche nécessaire de tout usage. Les sociétés naissantes ont pu se contenter de quelques lois positives en petit nombre, qu'on connaissait par cœur, même sans les reproduire au moyen de l'écriture (3): les usages se sont formés d'après les besoins des individus et de la société en général; ces usages, pour peu qu'ils se soient développés et qu'ils aient été reconnus plus ou moins officiellement, ont été constatés par écrit; il en est résulté des recueils des usages, ou des jugemens qui les rappèlent, qui les mettent hors de doute et les confirment. Aussi, partout voit-on, dès le moment que la civilisation s'est perfectionnée au point que le peuple ait une écriture, que les usages ont été mis par écrit. Les Barbares de la Germanie, que nous nous plaisons à rappeler, parceque leur état est un peu plus connu et qu'ils vivaient à côté de peuples plus civilisés, se sont empressés de coucher par écrit leurs lois ou coutumes, dès qu'ils eurent appris à connaître l'écriture. La loi sa-

(1) C'était le système des Grecs qu'on a également retrouvé dans l'Inde, d'où la Grèce pouvait bien en avoir pris l'idée.

(2) C'est l'histoire de la plupart des autres cultes.

(3) » Discebamus duodecim (tabulas) ut carmen necessarium." Cic. de Orat. L. I.

lique est d'une haute antiquité, et le prologue de cette loi, telle que nous l'avons, mentionne des collections antérieures de Théodoric, de Childebert, et de Dagobert (1); elle est adressée au peuple soumis à l'Empire des Mérovingiens (2); les savans estiment qu'elle a été originairement écrite dans le jargon barbare des Francs, des Alamans et des Bavarois, et que nous ne possédons que la traduction latine faite et publiée par ordre de Charlemagne (3). Cet Empereur fit d'ailleurs recueillir et rédiger par écrit, en langue Latine, les lois des autres peuplades barbares soumises à son Empire: Les rois Visigoths de l'Espagne et du midi de la France en firent autant pour leurs sujets; Théodoric rendit son fameux Édit pour les Ostrogoths d'Italie; enfin, partout à peine les barbares eurent acquis quelque ombre de civilisation, à peine eurent-ils fixé leurs conquêtes, que leurs coutumes et usages furent fixés par écrit, soit de l'autorité des souverains et sous leur sanction, soit par de simples particuliers. Plus tard, les Assises de Jérusalem, les coutumes des Royaumes Francs en Syrie et en Palestine, les Établissemens de St. Louis, et les coutumes de Beauvaisis par Beaumanoir en France; le Sachsenspiegel, le Schwabenspiegel, et d'autres recueils semblables en Allemagne, furent autant de recueils de coutumes générales, sanctionnées et non sanctionnées; enfin, les coutumes des différens

(1) Cette collection ou rédaction écrite serait du second au treizième siècle.

(2) Antérieure par conséquent à la dernière moitié du huitième siècle.

(3) » Monitum collectoris ad pactum legis Salicae" ap. *Canciani leges Barbarorum Antiquae* Vol. 2.

fiefs, des seigneuries, furent partout rédigées et recueillies dans des écrits plus ou moins publics. Chaque grand fief, chaque ville, chaque commune ou bailliage, eut ses archives où se conservaient les chartes et privilèges, les recueils des coutumes, les statuts, et jusqu'aux décisions judiciaires qui servaient à constater des coutumes ou usages reconnus (1).

La jurisprudence proprement dite, les ouvrages des jurisconsultes, les arrêts, n'ont pas moins de tout tems été rédigés et recueillis par écrit. En Angleterre, depuis les ouvrages de Bracton et de Glanville, après le *Fleta* et le *regiam Majestatem*, le *Britton* et le *mirrour of Justice*, quelle suite non interrompue de traités, dans lesquels on s'est occupé de donner un systême de droit entier, tel que les commentaires de Blackstone, ou d'une branche particulière de cette science et plus spécialement du droit des tenures, comme Littleton et son commentateur Coke? quelle suite imposante et presqu'innombrable de *reports*, dans lesquels ont été recueillis tous les jugemens rendus? En France comme en Allemagne, ainsi que dans le reste de l'Europe, les jurisconsultes ont publié des traités de droit généraux et spéciaux, auxquels principalement le droit Romain a servi de base; les lois positives ou statuts ont été réunis dans des collections plus ou moins officielles; les usages et coutumes consignés par écrit; les consultations des principaux jurisconsultes,

(1) Ces décisions sont connues en Allemagne sous le nom de *Weisthümer*. On s'empresse actuellement de publier les recueils même les plus insignifians; on peut dire qu'en Allemagne surtout c'est une manie.

les plaidoïers, les jugemens remarquables, recueillis par des arrêtistes, et classés soit méthodiquement d'après l'ordre des matières, soit d'après un ordre alphabétique, soit chronologiquement dans la seule succession des dates. Il est inutile d'en faire mention spéciale ou d'énumérer de pareils ouvrages; il n'est personne qui se soit occupé de jurisprudence, de pratique, ou qui ait seulement assisté à des procédures et des plaidoiries, qui ne puisse en indiquer des exemples.

Quel que soit, quel que puisse être l'état de la législation d'un païs, celui qui allègue une loi, une opinion d'un jurisconsulte accrédité, une jurisprudence reçue par l'opinion commune, une coutume, un usage, un précédent, une suite conforme d'arrêts, n'en est pas cru sur parole: il ne peut guère les prouver par témoins, et il doit recourir aux temoignages écrits, aux recueils des lois, aux traités des auteurs, aux commentateurs, aux arrêtistes, pour prouver l'existence de la loi écrite ou non, sur laquelle il appuie son systême. Avant la législation de Justinien, les Gajus, les Ulpien, les Paul, les Florentin, les Callistrate, les Marcien, avaient donné leurs Institutes; Ulpien, Paul et nombre d'autres, leurs commentaires sur l'Édit perpétuel; les ouvrages des jurisconsultes étaient en grand nombre, et l'Empereur Valentinien en avait confirmé une quantité plus que suffisante; les consultations étaient recueillies, les jugemens consignés par écrit (1); enfin on ne manquait pas d'auto-

(1) On connait des ouvrages de *Papinien*, de *Neratius*, de *Scaevola*, de *Marcellus* et d'*Ulpien* intitulés *responsorum:* c'étaient probablement des recueils de consultations. L'ouvrage de *Scaevola*,

rités écrites pour tout ce qu'on voulait établir en droit. Il en était de même dans tous les tems postérieurs, et jusqu'à ce jour, dans l'Angleterre, le païs coutumier par excellence, celui dans lequel on suit une loi commune qui n'est pas rédigée par écrit, mais qui, résidant dans l'ame et la conscience des juges, ne se manifeste que successivement par des jugemens à mesure que le besoin de l'époque et des plaideurs l'exige, les arrêtistes s'empressent de consigner par écrit dans les *reports*, non seulement toutes les décisions rendues, et les espèces sur lesquelles elles sont intervenues; mais les allocutions des juges, et jusqu'à leurs moindres paroles prononcées à l'occasion des jugemens, pour autant que le permet la connaissance et la justesse d'esprit du rédacteur. Partout, lorsque dans des cas extraordinaires et rares on entend des témoins pour constater des usages (1), soit qu'il n'existe pas en général de loi écrite, soit qu'elle renvoie à un usage local, les rédacteurs d'un recueil ne manquent pas de s'en emparer, pour en consigner par écrit les résultats, afin d'y recourir par la suite. Toujours et partout, on a eu recours à des allégations des écrits, ou des recueils publiés par l'impression, ou quelque fois n'existant qu'en manuscrit, et à l'usage d'un petit nombre de personnes (2).

Quaestionum publice tractatarum, de Paul, *Sententiarum*, étaient des recueils d'arrêts.

(1) C'est ce qu'on appelait en termes de l'art *enquête par turbes* V. le *Répertoire de jurisprudence*, à ce mot.

(2) C'est ce qui fesait le mérite de plusieurs recueils manuscrits et des ouvrages qui, ayant servi à des jurisconsultes ou des praticiens connus, avaient par eux été annotés. Plusieurs pareils ma-

Mais s'il est vrai, comme il est impossible d'en disconvenir de bonne foi, que dans toute plaidoirie ou instruction d'une cause, quel que soit l'état de la législation du païs, et soit qu'il faille recourir à la loi positive ou à la jurisprudence, à l'opinion commune des docteurs, ou à celle de quelque jurisconsulte désigné, à l'usage ou à la coutume soit générale, soit locale, ou enfin à des précédens et à la jurisprudence des arrêts, on ne puisse alléguer que des écrits publiés ou rédigés; la question sur l'utilité et la nécessité de la codification se réduit à celle-ci: est-il plus utile de s'appuier sur des ouvrages publiés par des particuliers sans aucune autorité, que sur une loi rédigée par le Souverain et sous ses auspices? La question sur la possibilité d'une législation positive peut donc être posée en ces termes: si le gouvernement peut ordonner et exécuter ce que personne ne dispute et ne peut disputer à chaque particulier; si le jurisconsulte peut écrire un traité, dans lequel il établit les principes du droit en général, ou ceux d'une branche spéciale de ce droit, un gouvernement pourra-t-il faire rédiger un pareil traité, et lui donner une sanction positive qui le place au dessus de la concurrence d'un autre écrivain? Si tout arrêtiste peut recueillir les précédens, et les classer méthodiquement, le Gouvernement pourra-t-il ordonner un pareil recueil et lui donner force de loi, ce qui attribuera à ce recueil une autorité qui manque à tous les

---

nuscrits se trouvent dans les bibliothèques de l'Université et de l'ordre des avocats d'Edimbourg.

autres? Quel serait le motif qui empêcherait le Souverain d'exécuter ce que peut chaque individu? Et pourquoi le Souverain, qui a la faculté bien plus étendue de compulser et de faire compulser toutes les archives, de faire vérifier toutes les données, ne pourrait-il réussir à publier un recueil aussi complet qu'aucun autre recueil, qui aurait de plus l'avantage d'être sanctionné, d'obtenir force de loi, et par cela même de n'être pas exposé à la concurrence? S'il faut recourir à des écrits, n'est-il pas de la plus grande utilité que l'autorité veille à ce que de pareils écrits soient bien et convenablement rédigés, et qu'au moyen de la sanction accordée à un seul traité ou recueil, il soit exempté de la concurrence, et celui qui le consulte garanti de ne pas rencontrer une doctrine, une opinion ou un précédent contraire dans un autre traité ou un autre recueil (1)?

Lorsqu'une espèce quelconque se présente, le jurisconsulte doit commencer par s'appliquer à bien en connaître les circonstances, afin de pouvoir les classer d'après les principes généraux de la science du droit; il doit ensuite y appliquer les lois existantes, afin d'arriver à un résultat. La législation est-elle positive, écrite et sanctionnée par le souverain, c'est au texte de la loi qu'il

(1) Quiconque a jamais exercé ou suivi la pratique judiciaire dans un païs qui n'a pas de loi positive et écrite, sait par expérience combien il est impossible de prévoir les autorités dont un adversaire peut s'emparer pour étaier son système; combien il est impossible de tout embrasser, pour bien se préparer à la défense de la doctrine la plus simple.

doit recourir; dans le cas contraire, il examinera, il compulsera, il réunira les écrits des docteurs les plus renommés et les plus suivis, pour en déduire l'opinion commune; il consultera les coutumes et les usages, tels qu'ils ont été recueillis par les auteurs et publiés ou rédigés par écrit; il interrogera les recueils des consultations et des arrêts rendus dans des causes semblables ou analogues, et après avoir ainsi établi l'état de la jurisprudence, il en fera l'application à l'espèce donnée. Lorsqu'il s'agira de justifier devant le tribunal les mesures qu'il a conseillées, les démarches qu'il a faites, les actions ou les exceptions qu'il a proposées, il déduira ou le texte positif de la loi, ou celui des auteurs, des coutumes, des arrêtistes qu'il a suivis; il aura à réfuter les argumens tirés de cette loi même, des mêmes auteurs et coutumes, des mêmes jugemens qu'il a connus et qu'on lui reprochera d'avoir mal saisis ou mal interprétés, ou bien d'autres auteurs, d'autres recueils de coutumes, d'autres arrêts, qu'il n'a pas connus, et qui ont pu établir une doctrine contraire. Les raisonnemens, les argumens seront de même nature, et s'appuieront toujours sur des ouvrages publiés et connus d'avance; seulement là, où il y a une loi écrite, chacun connaîtra la base fondamentale de toutes les allégations, et la connaîtra dans toute son étendue; à défaut de lois positives, on sera toujours dans l'incertitude sur l'existence de chaque autorité, sur son étendue et sur ce qu'on pourra prouver comme vrai ou généralement usité. Aussi, lorsqu'une disposition législative n'est pas positive et littéralement sanctionnée par le législateur, ne se ferait-on guère d'idée combien les pre-

mières notions sont vagues, combien il y a d'indéterminé, même dans les objets qui se rencontrent fréquemment, et au sujet desquels la précision est le plus indispensablement exigée (1). Il n'existe, dans l'application de la jurisprudence aux cas existans, aucune autre différence entre les païs de droit écrit et ceux coutumiers, si ce n'est que, dans les païs de coutume, il y a toujours double question, la première sur l'existence et l'étendue de l'usage, de l'opinion commune, de la coutume, du précédent qu'on allègue, et sur son application à l'espèce, tandis que lorsqu'il existe une

(1) En veut-on un exemple frappant? Est-il rien de plus fréquent que la prescription? Est-il une disposition dans laquelle la précision soit plus rigoureusement nécessaire? Quel était, dans l'ancien droit ou les anciens usages de la province de Hollande, le laps de tems requis pour préscrire? Grotius, *introd. ad jus Holland.* L. 2. Tit. 7. No. 7. exige 33 années et 4 mois, ou le tiers d'un siècle; Groenewegen, *de L. L. abrog. ad Tit. Cod. de longi temp. praescr.* n'exige que 30 années; Loenius, *decis.* 57. établit une distinction, et admet la prescription tricennale dans les actions personnelles, et celle du tiers d'un siècle pour les actions réelles Tel était l'état d'incertitude, que le dernier des auteurs qui aient écrit sur ce droit, *v. d. Keessel Theses ad Grot.* Th. 206, n'a rien osé décider. J'observe en passant que vous vous êtes trompé (*parliamentary proceedings*, pag. 230, in notis) de même que Mr. *Humphreys*, *letter to Dr. Reddie et Cooper* (*Jurist* 1828 No. 4. pag. 134 in not.) lorsqu'il y est parlé d'Institutes du Droit Hollandais traduites en Anglais par Mr. Henry. Mon respectable ami *van der Linden* qui, après avoir plaidé pendant cinquante ans, se repose comme juge à notre tribunal, auteur de ce prétendu ouvrage, ne s'est pas occupé du droit, mais a donné un traité de procédure civile avec des formules, et c'est ce qu'a traduit Mr. *Henry* à l'usage des colonies Anglaises, ci-devant Hollandaises, de Demerary, d'Essequebo et de Berbice.

loi positive écrite et sanctionnée, c'est son application seule qui puisse être révoquée en doute.

Ce n'est pas la nécessité de rédiger par écrit les dispositions législatives qu'on peut, avec quelque apparence de succès, révoquer en doute: le droit non écrit, la coutume, a toujours été, elle a toujours dû être rédigée et constatée par écrit; les opinions des jurisconsultes, les traités généraux ou particuliers sur le droit, les consultations, les précédens, les arrêts ne sont susceptibles d'être allégués, et ne peuvent par conséquent servir de guides aux jurisconsultes et aux magistrats, qu'autant qu'ils sont consignés par écrit: la question se réduit, nous ne pouvons trop le répéter, à celle-ci; le Souverain peut et doit-il fixer positivement et indubitablement ce qui aura force de loi? Ou doit-on abandonner ce soin à tout particulier, et exposer la législation aux différences d'opinions qui peuvent exister entre ces auteurs autonomes, aux erreurs involontaires qu'ils peuvent commettre, aux systêmes divers qu'ils peuvent établir, même dans des vues d'intérêt particulier (1), aux falsifications qu'ils pourraient faire de propos délibéré ou par pur hazard dans le rapport

(1) Il est connu qu'on a attribué à *Dumoulin* (*Molinæus*) une explication un peu forcée de la loi 8e au Code *de revocandis donationibus*, laquelle donne à un patron le droit de révoquer, pour survenance d'enfans, la donation faite à son affranchi, et la généralisation de cette cause de révocation, afin de se venger de son frère auquel il avait fait une donation universelle de tous ses biens. Quoique cette anecdote ne soit pas prouvée, et qu'au contraire la doctrine de *Dumoulin* ait été reçue partout et ait même passé dans le Code civil de la France, Art. 960 et suiv., la possibilité existe; et cette tradition seule suffit pour prouver que notre supposition n'est pas entièrement gratuite.

des opinions émises, des jugemens et arrêts rendus? En d'autres mots, lorsque des jurisconsultes établissent doctrinairement les dispositions coutumières consacrées par les usages, par l'opinion commune, par les précédens et la jurisprudence des arrêts, le Souverain peut-il donner force de loi à celui de ces usages qu'il juge le mieux rédigé et le plus utile? Ou doit-il laisser au hazard et soumettre à de nouveaux doutes, quelle sera l'autorité prépondérante entre deux ou plusieurs auteurs qui ne suivent pas les mêmes principes? N'est-ce qu'un jurisconsulte privé, dénué de toute fonction publique, qu'appartient la science et le talent nécessaires pour constater ce qui est de droit, et quelles sont les obligations des citoyens entr'eux? Et cette science, ce talent, l'abandonnera-t-il, lorsqu'au lieu d'écrire un traité qui ne repose que sur la confiance individuelle qu'on lui accorde, le pouvoir souverain le chargera de cette tâche difficile et glorieuse, et sanctionnera les règles qu'il pose de toute l'autorité législative? Révoquer en doute l'utilité et la possibilité d'un code de lois, c'est en effet mettre en question l'utilité et la possibilité d'un traité complet, soit du droit en général, soit d'une des branches du droit, d'un recueil de coutumes, de consultations ou d'arrêts. Et quand le législateur n'aurait fait autre chose que de suivre l'exemple de l'Empereur Valentinien (1), d'attacher force de loi à un ou à plusieurs ouvrages de jurisprudence, et de fixer le moyen de décider en cas de divergeance d'opinions, il y aurait déjà un premier apperçu de codification: il y aurait une base certaine

(1) L. un. Cod. Theod. *de responsis prudentium*. L. 1. T. 4.

à tous les raisonnemens : il y aurait un terme à toutes les allégations indéfinies et infinies d'autorités, et le jurisconsulte comme le juge pourrait avec confiance embrasser toute l'étendue de ce qu'il doit connaître pour posséder la science du droit.

Certainement, la Société a le droit d'exiger de son Gouvernement qu'il se donne la peine de faire constater, sans équivoque et sans incertitude, l'état des usages et coutumes existantes, de ne confirmer que celles qui sont bonnes, utiles ou convenables, de suppléer aux lacunes, de retrancher les surabondances, de corriger les défauts, et de donner une forme pareille et conséquente à toute la législation ; c'est-à-dire de sanctionner un code complet, uniforme et régulier de lois, par lesquelles les droits comme les obligations de chaque citoyen soient déterminés. Mais quand le Souverain aurait rencontré quelque difficulté à faire rédiger un code complet, quand même il n'aurait trouvé personne auquel il aurait accordé une confiance aussi étendue, ou celui qui, s'en étant chargé, se serait dignement acquitté de ses fonctions, il aurait déjà fait un grand pas vers la codification; il aurait déjà assuré un avantage important aux citoyens, en sanctionnant un traité de droit, un recueil de coutumes, une collection d'arrêts, exclusivement à tout autre ouvrage ou collection semblable, et en indiquant, si la sanction portait sur un ouvrage étendu, ou sur plusieurs, dont on ne pourrait garantir la conséquence rigoureuse, quel serait le mode de terminer les difficultés qui pourraient résulter de quelque différence dans les idées, dans les principes

ou dans les expressions. La base du droit existant serait au moins connue, et on n'aurait pas à redouter la concurrence des opinions qui s'éleveraient par la suite, ou qui, déjà émises précédemment dans quelque ouvrage ou recueil obscur, ne seraient connues que plus tard.

Si la jurisprudence, si la coutume et les usages ne sont point de nature à être fixés pour toujours; si, par leur nature même, ils sont sujets aux variations que font naître le besoin de l'époque, les progrès de la civilisation, le changement des circonstances, rien n'empêche que la législation positive et sanctionnée ne suive la même marche et ne varie, ne s'améliore successivement par des lois nouvelles, ou par la sanction législative accordée à de nouveaux ouvrages, à de nouvelles rédactions, à de nouveaux recueils. Mais cette marche elle-même est progressive et lente, elle ne procède point par sauts et par bonds d'une disposition à une autre; les dispositions législatives peuvent la suivre sans précipitation; et il est d'ailleurs nécessaire d'établir l'état du droit à quelques époques fixes, quand ce ne serait que pour prévenir la rétroactivité de chaque sanction sur ce qui était déjà consommé; le principe de la non-rétroactivité de la loi étant nécessairement admis sous toute législation quelconque par la seule force des choses, parcequ'on ne peut astreindre personne à des règles qui n'existent pas encore, et qui par conséquent ne peuvent être à sa connaissance, ou à des obligations inconnues (1).

La démonstration que nous venons de donner de

(1) V. la Loi 7e Cod. *de Legibus*. Code civil de France, Art. 2. Code pénal de France de 1810, Art. 4.

l'utilité, de la nécessité même, ainsi que de la possibilité d'une codification quelconque, nous paraît claire et à la portée de chaque particulier, quand même il n'aurait jamais eu la moindre idée de la science du droit; cette démonstration est d'ailleurs appuiée de l'expérience des dispositions des Empereurs Théodose et Valentinien, qui, si elles en ont prouvé et fait reconnaître les défauts, en ont cependant fourni un exemple d'autant plus utile, qu'il a pu amener par la suite une codification plus régulière et plus systématique, et qu'indépendamment du service important de mettre un terme quelconque à la confusion existante, elles ont préparé la plus grande révolution qu'ait jamais subi la science du droit. Cette démonstration peut et doit être réunie aux argumens plus profonds et plus scientifiques de Bentham et de Romilly: et nous croions pouvoir déduire de tous ces motifs, contre l'opinion de Mr. de Savigny, que la codification est nécessaire et utile, et qu'il n'existe aucune époque dans laquelle on ne puisse entreprendre un ouvrage de cette nature, avec espoir de succès et avec la certitude d'une amélioration (1). Suivons un instant Mr de Savigny dans ses remarques sur les législations nouvelles de quelques païs de l'Europe, et voyons si ses remarques à cet égard sont fondées (2).

(1) En effet, puisqu'il n'existe et ne peut exister d'époque où l'on ne rédige par écrit les principes existans du droit, les règles généralement reconnues, les usages, les coutumes, les précédens, il est évident qu'il n'y a aucune époque où il soit impossible de travailler à une codification, ainsi que le prétend Mr de Savigny: il n'y aurait tout au plus que la différence de la bonté intrinsèque de la loi écrite.

(2) Je ne parlerai pas de la nouvelle législation des Païs-Bas,

De tous les nouveaux essais de codification en Europe, le plus ancien est celui de la Prusse. Le grand Frédéric fit d'abord rédiger un Code qu'il intitula de son nom, et ce Code a été depuis remplacé par une autre législation connue sous le nom de *Allgemeines Landrecht*. Par une idée assez bizarre et dont on ne peut guère se rendre raison, cette législation n'a été destinée qu'à être subsidiaire: chaque province a conservé ses lois spéciales, ou en a reçu de nouvelles: la législation générale est partout primée par ces lois provinciales, et n'a force de loi qu'autant qu'il n'y est pas dérogé dans les statuts Provinciaux (1). Par suite de cet arrangement, l'un des plus grands objets d'une législation uniforme dans le païs entier a été totalement manqué, et le

le Code civil, celui de commerce, et celui de procédure civile sont sanctionnés, mais non encore introduits; les projets de Code pénal et d'instruction criminelle ayant été rejettés, on vient d'en faire de nouveaux. Qu'il me suffise de dire que tous sont au dessous de la critique, et je ne crains pas de me constituer l'organe de tous les Belges qui ont la moindre connaissance en droit ou en législation, quand j'exprime le vœu respectueux qu'ils soient, non soumis à une révision partielle ou totale, mais qu'ils soient refondus, altérés et améliorés du commencement jusqu'à la fin, sous les rapports des principes et de la conséquence, comme sous celui de la rédaction. Quant à la question de fait qui a été agitée entre vous, et MM. Reddie et Humphries, je dois vous dire qu'en 1809, le Roi de Hollande, Louis Bonaparte, fit arranger le Code civil de France pour la Hollande; qu'en 1811, les lois Françaises ont été introduites et sont encore en vigueur avec quelques modifications jusqu'à ce jour; et que les nouveaux codes, dont les parties ont déjà été insérées dans les journaux officiels, ne sont pas encore introduits. C'est à ces nouveaux codes que se rapporte mon observation.

(1) *Publications patent* du 5 Février 1794, Art. 1. 3. 4. 6. et 7.

Prussien des bords de la Sprée ne suit par les mêmes lois que celui qui demeure dans l'ancien duché de Prusse; il n'y a pas uniformité de législation, et les statuts de chaque province qui peuvent varier et en effet varient considérablement, ont continué la confusion qu'on s'était flatté d'éviter. Les dispositions de cette législation en elle-même sont également loin de repondre à l'attente qu'on aurait pu se faire de cet essai, et le mauvais succès de cette législation, reconnue à l'heure qu'il est par tout juge impartial, et par tous ceux qui n'appartiennent pas à la Prusse (1), me paraît devoir être attribué principalement, sinon en tout, à une seule idée malheureuse qui domine la législation sur le fond du droit comme celle sur la procédure civile; c'est une défiance mal placée envers les jurisconsultes et le barreau.

Il est, on n'en peut disconvenir, dans l'exercice de la pratique judiciaire, surtout dans les rangs inférieurs, des gens de loi qui, sans études proprement dites, se sont élevés par la seule connaissance mécanique du métier (comme les Procureurs ou avoués): il est des êtres vils et méprisables, qui ne voient dans l'exercice de leurs fonctions qu'un moyen de se procurer une existence ou des richesses, aux dépens de la fortune et du bonheur de ceux qui leur ont confié leurs intérêts, et qui pendant longtemps ont servi de modèles aux procureurs

(1) Mr. de Savigny *vom Beruf*, pag. 82 et suiv. quoiqu'appartenant lui-même à la Prusse et porté à se dissimuler les défauts de la législation Prussienne, reconnait implicitement l'existence de ces défauts et l'insuffisance de la loi.

de comédie, et de points de mire aux quolibets et aux sarcasmes les plus rebattus : mais la majorité, surtout de ceux qui tiennent un rang plus élevé et qui se distinguent par leurs connaissances, est bien au dessus de ces reproches, et certainement le barreau se glorifie d'autant d'exemples de désintéressement, de générosité, de vertu, d'héroïsme même qu'aucune autre profession, qu'aucun autre état de la société. D'ailleurs, de quoi l'homme n'a-t-il pas abusé ? Que le poète poursuive de sa verve satirique et de son épigramme mordante, qu'il expose sur la scène, l'hyprocrisie d'un Tartuffe, l'ambition intrigante d'un Mahomet, le dévouement aveugle d'un Séide, l'ignorance lourde et suffisante d'un Diafoirus et d'un Purgon, la morgue et la préoccupation d'un Perrin Dandin, l'ignoble défaut de connaissances d'un Petit Jean, l'éloquence boursoufflée et vide de sens d'un l'Intimé ou d'un Bartholo (1), ni la religion, ni la piété, ni cette science sublime qui s'applique à guérir les maladies et à soulager les maux de l'humanité, ni la science des lois et la gloire du barreau n'en souffriront : on peut railler et poursuivre les abus, sans rien diminuer de l'utilité. Mais de pareilles sorties applaudies au théâtre ou dans la satire, ne doivent pas déparer des ouvrages sérieux et scientifiques (2),

(1) V. Le Tartuffe et le Malade imaginaire de *Molière*, les plaideurs de *Racine*, le Mahomet de *Voltaire* et le mariage de Figaro de *Beaumarchais*.

(2) C'est un des défauts de *Jeremy Bentham*. Ce penseur si profond voyant la pratique en Angleterre tant au dessous de la hauteur des vues à laquelle il s'est élevé, s'est mis dans l'idée de présenter la jurisprudence comme une invention des juges et

bien moins influencer la législation, et surtout le législateur devrait sentir que, s'il y a abus dans l'exercice de la profession des gens de loi, presque toujours ce sont des défauts dans la loi qui en sont la cause. J'ai exposé ailleurs (1) les motifs pour lesquels les Jurisconsultes praticiens en Allemagne sont et ont toujours été en arrière du barreau de la France, de l'Angleterre et des Païs-Bas : mais au lieu de remonter à la source, au lieu d'ouvrir au public un accès aux procédures, et de stimuler l'émulation du barreau, au lieu d'augmenter la considération de ceux auxquels on désirerait voir des vertus et de la générosité, les législateurs Prussiens ont suivi un systême opposé, et leurs lois, bien loin de prévenir les effets qu'ils redoutaient, ont au contraire empiré le mal, et enraciné des abus qui ne seront extirpés que lorsqu'un systême opposé prévaudra en Prusse ; et malgré l'intégrité reconnue des magistrats Prussiens, malgré leurs efforts les plus sérieux, malgré de bonnes dispositions de la part du Souverain, qui ne refuse pas de faire intervenir directement l'autorité publique pour terminer les procès, et pour corriger des décisions qui paraissent contraires aux lois ou à l'équité, on ne peut se dissimuler qu'en Prusse, plus que dans tout autre païs, l'issue d'une procédure est incertaine,

---

des avocats, comme le résultat d'une conspiration entre les gens de loi, pour se rendre nécessaires, se créer une source de pouvoir, d'influence et de richesses aux dépens du public et de toute la nation, qui est leur dupe. Cette idée l'engage à des déclamations furibondes, qui déparent ses ouvrages, mais qui ont disparu en partie dans la rédaction française de Mr Dumont.

(1) *Esprit des Institutions Judiciaires*. L. 8 Ch. 31. V. aussi sur l'état du barreau en Allemagne *Feuerbach über Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege*, P. 2 Ch. 9.

sinon dépendante de tout autre motif que des dispositions de la loi, et qu'un plaideur de mauvaise foi ou un praticien cupide peuvent faire trainer à l'infini une procédure.

Le Code civil de la Prusse avait entre autres pour objet, et c'est cette idée dominante qui d'avance portait la condamnation du travail qui devait en être le résultat (1), de rendre inutile la science du droit : et dans cette intention, le législateur a cherché autant que possible à éviter les principes généraux et à se rapprocher de l'individualité des espèces, soit en se dispensant de rapporter les principes, et se bornant à quelques applications ou conséquences de ces principes à des cas particuliers, soit en offusquant le principe général sous le prétexte de l'éclaircir par des exemples. Au dessous de la dignité du législateur, et ne pouvant s'élever à la hauteur, où l'on doit se placer pour embrasser d'un seul coup d'œil l'immensité de ses fonctions, les rédacteurs du Code Prussien n'ont pas senti qu'il était d'une impossibilité absolue et physique (2) de prévoir

(1) Savigny, *vom Beruf etc.* pag. 87 et suiv. Il est étonnant qu'après avoir émis son opinion sur le Code Français, après avoir signalé cette tendance du Code Prussien, Mr de Savigny borne son opinion, à l'égard de cette législation, à l'histoire et à la critique de l'histoire de cette législation. Ne serait-ce pas que Mr de Savigny, trop éclairé pour ne pas partager notre opinion sur le Code de la Prusse, trop franc pour dissimuler cette opinion, a préféré le silence sur les lois du païs auquel il appartient, et que ce silence équivaut à une condamnation ? Nous respecterions dans cette retenue un caractère honorable, un patriotisme peut-être trop exagéré, mais nous nous permettons toujours de demander acte (s'il est permis de se servir de ce terme du barreau) de cette opinion si précieuse.

(2) La qualification d'impossibilité physique n'est pas déplacée

et de spécifier tous les cas possibles ; que, dès lors, leur énumération est nécessairement incomplète, tandis que le principe général s'applique indifféremment à toutes les espèces existantes ou simplement possibles, prévues ou imprévues ; que la loi qui préscrit l'application de la règle dans quelques cas donnés, fait naître des doutes fondés sur l'application de cette même règle, dans d'autres cas sur lesquels la loi ne s'est pas expliquée ; que si des exemples servent à illustrer et à éclaircir la règle, ce n'est que lorsque le précepteur les emploie envers son élève, tandis qu'en législation il est dangereux de se servir de cette méthode, qui laisse toujours l'incertitude de savoir si l'intention a été de les donner déclarativement ou limitativement, comme bornant l'application du principe aux seules espèces énoncées. L'individualité et l'espèce a étouffé le principe et le genre ; on a perdu de vue la science, sans pouvoir réussir à réduire la jurisprudence à un art mécanique, et le code Prussien est devenu un milieu entre ce que devrait être une loi et ce que pourrait être un manuel ; au dessous de ce qu'exige la science du droit, il n'a pu servir à guider ceux qui n'ont aucune connaissance scientifique : le jurisconsulte y cherche envain la science et les principes généraux qui puissent l'aider

---

ni exagérée. On connaît les calculs sur le nombre de combinaisons possibles de quelques faits simples, par exemple des lettres de l'Alphabet : quel n'est pas celui des contingences possibles ? Il faut trente-quatre chiffres pour exprimer le nombre des différentes combinaisons possibles des lettres de l'Alphabet V. *l'Encyclopédie*, au mot *combinaison*.

à décider de toutes les espèces, même de celles auxquelles il n'est pas expressément pourvu par la loi; l'individu non-jurisconsulte perd également ses peines, et feuillete envain les pages de la loi, sans rencontrer la disposition qui s'adapte précisément à l'espèce qu'il a rencontrée. Défaut dans les vues et dans l'exposé des principes, inapplicabilité dans la pratique, brièveté sans concision, longueurs sans épuiser la matière, c'est ce qui rend le code Prussien si peu digne de figurer au nombre des législations, qu'on puisse citer ou imiter.

Les conséquences du même principe de défiance ont été bien autrement funestes à la procédure civile, telle qu'elle a été réglée par la législation prussienne: on a cru pouvoir et devoir proscrire l'intervention des hommes de loi, et on a, en opposition directe avec ce qui s'est vu partout, voulu que les parties elles-mêmes exposassent leurs différends, et que le magistrat suppléât d'office à leur incapacité. Cette disposition a été étendue de la jurisdiction contentieuse, à la jurisdiction volontaire, et les notaires ont été également supprimés et remplacés par les juges et les magistrats eux-mêmes. Chacun peut et doit en personne présenter au juge sa demande comme sa défense; c'est au magistrat, même avant d'avoir entendu l'adversaire, à s'enquérir de la vérité des faits et de l'exactitude de la manière de les présenter, à rectifier les erreurs involontaires ou les faux exposés, à diriger la forme de l'action et de la défense, à éclairer le plaideur sur ses espérances et ses craintes, à simplifier dès l'abord la marche de la procédure, à élaguer toutes les questions et difficultés étran-

gères au fond de la cause, à maintenir les plaideurs dans la voie la plus directe et la plus courte pour parvenir à leur but (1). Comme cependant il est impossible que tout plaideur se déplace pour chaque incident ou comparution devant le magistrat; comme les juges ne pourraient suffire à toutes ces occupations, on a créé des espèces de magistrats inférieurs sous la dénomination de *commissaires de justice*, qui puissent, d'après un mandat spécial, remplacer les plaideurs empêchés de se présenter en personne, et servir de guides aux parties sous la surveillance directe du juge, lequel conserve non seulement la faculté d'ordonner aux parties de se présenter en personne (sauf les cas d'impossibilité physique), mais encore celle d'astreindre le commissaire de justice à ne pas s'écarter de la marche qu'il lui trace (2). En matière de jurisdiction volontaire, c'est encore le juge qui reçoit les déclarations et dires des parties en personne ou représentées par un commissaire de justice; qui leur fait les représentations qu'il croit nécessaires ou convenables pour les éclairer sur leurs droits, et les risques auxquels ils s'exposent; qui examine les faits, rectifie ce qu'il croit erroné ou faux, et qui constate la convention (3). Enfin, après le jugement, c'est encore le magistrat qui en ordonne et en surveille l'exécution (4).

J'ai exposé dans un autre ouvrage la théorie, les inconvéniens et même les absurdités palpables qui résul-

(1) *Prozess-Ordnung*, 1e. Partie Tit. 4 et 5, particulièrement Titre 5, § 3, 7, 12, 18 et 19.

(2) *Prozess-Ordnung*, 1e Partie, Titre 3.

(3) *Prozess-Ordnung*, 2e Partie Titre, 1, 2 et 3.

(4) *Prozess-Ordnung*, 1e Partie, Tit. 24.

tent nécessairement de l'instruction ou procédure inquisitoriale (1), assez générale en Allemagne, par la défiance qu'inspirait une procédure secrète, à raison des abus et des prévarications qu'elle cause, qu'elle facilite, qu'elle couvre et que plus encore elle fait soupçonner, lors même qu'ils ne sont point réels, mais plus forte surtout en Prusse où cette défiance a inspiré le législateur, et lui a dicté des instructions positives dans ce sens (2). Qu'il nous suffise ici d'avoir indiqué le motif principal du peu de succès de la codification de la Prusse; nous ne croyons d'ailleurs pas devoir attribuer les défauts de ce code à quelque vice ou omission dans la méthode du travail des rédacteurs, ni au motif indiqué par Mr. de Savigny (3).

Le code civil de l'Autriche n'a pas été inspiré par cette même défiance; au contraire, les rédacteurs ont parfaitement senti qu'il n'y avait que des jurisconsultes de profession qui eussent à s'occuper de l'application des lois, et à qui par conséquent on pouvait supposer cette science: ils ne se sont pas mis en peine pour spécialiser les cas existans ou possibles, mais ils ont recherché les premiers principes. Aussi, quoique cet ouvrage ne soit pas sans défauts (4), il n'est pas com-

(1) *Esprit des Institutions judiciaires* Liv. 5. Ch. 15 et 16. Liv. 6. Ch. 14. Liv. 8. Ch. 13 et 15.

(2) Ordre du Cabinet de 1680, Savigny, *vom Beruf*, pag. 88 à la note.

(3) *Vom Beruf*. pag. 93. et suiv.

(4) Savigny *vom Beruf*, p. 97 et suiv. Nous ne partageons pas son opinion défavorable à ce code auquel lui-même n'a pu s'empêcher de rendre justice, lorsqu'il convient qu'il ressemble à une paraphrase des Institutes du droit Romain (p. 97); ce que nous ne regardons pas comme un éloge médiocre.

parable à la législation Prussienne, et mérite sous tous les rapports les plus grands éloges. Ce code se distingue encore très favorablement (et c'est ce qu'on n'aurait peut-être pas attendu de rencontrer en Autriche) par la tolérance et l'égalité envers tous les cultes religieux. Le code civil de la France, s'il admettait le divorce en général, avait introduit la séparation de corps d'après les institutions du Droit Canon; et depuis la restauration, le divorce a été prohibé comme contraire aux dogmes de l'Église Catholique (1); le code civil de l'Autriche, qui défend le divorce entre époux catholiques (2), le permet aux Protestans et aux Luthériens pour cause déterminée, comme l'adultère, les sévices, la désertion et l'incompatibilité d'humeur (3), tandis que les Juifs ont pleine liberté de divorcer par consentement mutuel, et que le mari a, dans quelques cas, le droit de répudier sa femme (4): la même égalité a lieu à l'égard des degrés de parenté auxquels le mariage est prohibé, et qui sont également déterminés d'après les lois et les usages du culte que professent les époux (5), sans que la loi ait songé à régler ces degrés de parenté sur un pied uniforme, d'après les préceptes d'un culte donné. Malgré cette libéralité de principes qu'on cherche vainement dans les lois des autres nations, même de celles qui n'ont pas de religion exclusive de l'État,

(1) Loi du 8 mai 1816.
(2) *Oesterr. Gesetzbuch.* § 111.
(3) Ibid. § 115.
(4) Ibid § 133, 134 et 135.
(5) Ibid. § 65, 66, 125.

et malgré la variété des dispositions qu'elle occasionne dans la loi, le code de l'Autriche n'a pas une étendue d'un dixième de celui de la Prusse; et tel est l'effet de la meilleure idée qui en a dirigé la rédaction, qu'il se trouve beaucoup moins de cas non prévus dans le code de l'Autriche que dans celui de la Prusse.

Le code civil de la France et en général la législation Française ont rencontré dans Mr. de Savigny un adversaire redoutable, dont la véhémence peut d'autant plus facilement se pardonner, que l'ouvrage de cet auteur dont nous nous occupons, date du premier moment auquel l'Allemagne s'est soustraite à la domination et à l'oppression Française, et que les Allemands ne voyaient alors dans le code, qu'un présent funeste qui leur rappelait leur abaissement (1). Nous examinerons, en peu de mots, les objections de Mr. de Savigny qui en général ne portent que sur la forme. Un autre savant Allemand a, vers la même époque, pris à tâche de combattre les dispositions mêmes du code Français; mais ses argumens s'éloignent trop du sujet de notre corres-

(1) Dans une nouvelle édition que Mr. de Savigny vient de publier de son opuscule *vom Beruf*, d'après les analises qu'en donnent les journaux (l'ouvrage lui-même n'est pas encore parvenu à ma connaissance) il a répété littéralement le texte: seulement dans une Préface, il a beaucoup adouci ses opinions à l'égard des jurisconsultes Français, mais non à l'égard du code: il déclare même que si les Français sont plus avancés dans la science du droit, ce n'est pas *en conséquence* de leur législation, mais plutôt *malgré* cette législation. Je n'ai pas cru devoir changer quelque chose dans mes raisonnemens, et je crois avoir suffisamment réfuté cette assertion nouvelle non moins erronée que celle qui l'avait précédée.

pondance pour m'en occuper en ce moment (1). Je n'ai cru devoir suivre les raisonnemens de Mr. de Savigny, que parce qu'ils portent sur le systême général de la codification, et qu'ainsi ils se rapprochent de l'objet, que je me suis réservé de traiter dans la présente lettre.

Les premières observations de Mr. de Savigny se rapportent au défaut de connaissance du droit Romain, qu'il reproche aux jurisconsultes Français, même aux professeurs de droit, et spécialement aux rédacteurs du code et à ceux qui ont pris part aux discussions du conseil d'État: il en résulterait un défaut de base scientifique dans le code, et les discussions ne seraient guère que des commérages. On pourrait peut-être se contenter de répondre qu'il n'est pas question des capacités de ceux qui ont concouru à la rédaction de la législation, mais de l'ouvrage même résultant de leurs travaux, dont l'excellence que reconnaît implicitement Mr. de Savigny par le peu d'objections qu'il a pu réunir, prouve qu'il s'est étrangement abusé dans son appréciation de ces jurisconsultes. Mais les preuves de leur incapacité qu'il allègue sont véritablement curieuses. Mr. Malleville, et nous en avons déjà fait mention, s'est trompé à l'égard de la distinction entre les *res*

(1) *Ueber das Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland von A. W. Rehberg.* Hannovre 1814. Le vénérable auteur de cet ouvrage a profondément médité son sujet, et s'il n'est pas exemt de partialité contre le droit Français, si plusieurs de ses argumens sont exagérés ou forcés, on ne peut disconvenir qu'il n'ait mis dans son plaidoier une science rare, une érudition profonde et une sagacité ingénieuse.

mancipi et *nec mancipi* (1). Je n'entrerai pas dans une discussion savante, qui pourrait encore tourner contre Mr. de Savigny (2), sur la justesse de son observation, mais je demanderai si c'est bien sérieusement qu'on exige d'un homme d'état qu'il s'occupe, dans une discussion intéressante et d'application pratique, d'une distinction que l'Empereur Justinien avait abrogée depuis treize siècles comme dès lors » *ridicule*, parceque la » dénomination d'une chose qui n'existe nulle part, a » l'air d'une *énigme*, et que pareil mot *vide* et *denué de* » *sens* ne sert qu'à embrouiller l'esprit des étudians et » à les éloigner de la connaissance des lois" (3). Loin de blâmer Mr. de Malleville de n'avoir pas, dans la séance du conseil d'État, recherché minutieusement et avec une pédanterie scolastique les limites des choses

(1) *Vom Beruf.* pag. 62.

(2) Je ne prétends pas que Mr. de Savigny ait tort dans sa critique, quoique cette partie du droit Romain soit encore assez peu éclaircie pour en décider irrévocablement; mais ce dont je suis pleinement convaincu, c'est que pour le véritable jurisconsulte la question ne vaut pas la peine d'être approfondie, et que tout le tems qu'y donnerait un professeur ou un élève serait perdu pour la science du droit théorique et pratique.

(3) » Antiquæ subtilitatis *ludibrium* per hanc decisionem expel» lentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos » vel nudum ex Jure Quiritum nomen vel tantum in bonis repe» ritur: quia nec hujusmodi volumus esse distinctionem, nec Jure » Quiritum nomen, quod nihil ab *aenigmate* discrepat, nec unquam » videtur, nec in rebus apparet, sed *vacuum* est et *superfluum* » verbum per quod animi juvenum qui ad legum veniunt audien» tiam perterriti ex primis eorum cunabulis *inutiles legis antiquæ* » *dispositiones* accipiunt." L. un. Cod. de nudo Jure Quirit. tollendo L. 7. Tit. 25.

dites *mancipi* et l'étendue du droit de propriété réservé aux citoyens Romains, on doit plutôt plaindre les étudians en droit lorsqu'un professeur leur fait perdre leur tems, et fixe leur application sur de pareilles billevésées que le sens commun de Justinien voulait déjà faire disparaître même de nom dans les lois anciennes, il y a actuellement douze cent quatre vingt-dix ans.

Le seul résultat que Mr. de Savigny ait pu trouver de l'incapacité des rédacteurs, le seul point qu'il blâme positivement, est l'incertitude qui se rencontre au sujet des demandes en nullité de mariage, d'après les art. 191 et 193 du code civil. Pour ne pas prolonger mes observations, et ne pas entrer dans une question pratique de droit Français, qui prouverait facilement à quiconque connait les dispositions des lois Françaises, que les difficultés, les contrariétés, les doutes, qu'exagère Mr. de Savigny, ne doivent être attribués qu'au peu de familiarité qu'il a lui-même avec l'application de ces lois (1), j'admettrai que ces articles sont mal

(1) Je me flatte même que si Mr. de Savigny, qui a siégé plusieurs années dans le tribunal qui remplace la Cour de cassation pour la Prusse Rhénane (qui suit encore les lois françaises), revoyait actuellement le fond de son ouvrage, il n'attacherait plus autant d'importance à ce qu'il dit sur les demandes en nullité de mariage. Je ne puis cependant dissimuler que les arrêts de ce tribunal de cassation de Berlin qui sont venus à ma connaissance, ne sont pas de nature à faire oublier ceux, que rendait la Cour de cassation de Paris. Peut-être est-il intéressant d'ajouter, pour juger de l'effet d'une législation sur la science du droit en général, que j'ai actuellement sous les yeux un jugement rendu sur une question née sous l'empire des lois Françaises par un tribunal Autrichien à Vienne, où la décision de cette question de droit Français est

rédigés, qu'ils contiennent une difficulté insoluble, une antinomie complète. Ce serait une faute, et je suis bien loin de prétendre que le code civil de France en soit exemt; j'entreprendrais au besoin d'en démontrer de plus réelles et de plus graves, mais une ou plusieurs taches pareilles ne terniront pas l'ouvrage entier, n'en détruiront pas l'utilité, et ne prouveront pas l'impossibilité d'une codification. Certainement les lois Françaises ne sont pas parfaites, quoique, dans mon opinion, elles soient ce qu'il y a de mieux jusqu'ici en législation : mais elles seraient beaucoup moins bonnes, qu'il n'en serait pas moins démontré, par l'existence du code Français et par son application journalière, que la codification n'est pas une entreprise de pure spéculation, qu'elle est très possible, qu'elle n'est pas étrangère à l'époque actuelle, et que c'est un des plus grands avantages d'une société, que de posséder une législation stable et connue ou accessible.

Si Mr. de Savigny n'a pas étendu ses objections sur ce qu'il appelle la partie matérielle de la législation, c'est au contraire sous le point de vue de ce qu'il nomme la partie formelle, qu'il croit devoir l'attaquer, et cette objection, qui est commune à toutes les législations écrites, me parait d'autant plus intéressante à relever qu'elle est plus générale, et qu'à cette occasion

---

motivée sur le texte et l'esprit du droit Français, avec une précision et une exactitude, rares même dans les meilleurs tribunaux de la France. C'est, à mon avis, que le code Prussien étouffe la véritable science du droit, qu'encourage et qu'excite la législation Autrichienne comme celle de la France.

je pourrai rectifier une erreur commune à tous ceux qui s'opposent à une législation écrite, et dans laquelle vous êtes également tombé (1).

Le code civil n'est point complet et n'épuise pas tous les cas possibles; pour suppléer à ses lacunes, la jurisprudence Française renvoye (selon Mr. de Savigny) à six autres sources de décisions, qu'il énumère dans l'ordre suivant: 1° équité naturelle, droit naturel; 2° droit Romain; 3° anciennes coutumes; 4°. usages, exemples, décisions, jurisprudence; 5° droit commun; 6° principes généraux, maximes, doctrine, science (2). Or, quel avantage présente une loi écrite et sanctionnée, s'il faut encore recourir a tant d'autres sources de droit? Comment sortir du dédale que présentent ces différentes connaissances? Quelle sera l'autorité comparative de ces différentes sources du droit? Et n'est-ce pas virtuellement reconnaître l'insuffisance, l'impossibilité, l'inutilité d'une législation positive, que de recourir à tant d'autres doctrines, afin de suppléer aux lacunes que présente cette législation? Tout éloge de la certitude et de la stabilité des dispositions écrites ne doit-il pas s'évanouir devant cette seule énumération? Et ne prouve-t-elle pas que la législation écrite, loin d'augmenter la certitude et d'aplanir la voie de connaître les droits et les obligations de chaque individu, ne sert au contraire qu'à l'embrouiller? Qu'après la sanction donnée au code, la masse d'écrits qu'il faut consulter, de connaissances qu'il faut acquérir, est bien plus grande encore qu'elle ne l'était avant ce

(1) *Lettres sur la cour de chancellerie*, p. 316. in notis.

(2) *Vom Beruf.* pag. 74.

travail si pompeusement annoncé, si longuement et si difficilement élaboré? Qu'enfin, la peine donnée aux travaux préparatoires, à la rédaction, à la discussion, à l'introduction du code, aurait été mieux employée à travailler sur les lois anciennes, ce qui aurait encore évité une foule de questions transitoires dont la solution est difficile (1), et qui doivent leur origine à la législation nouvelle.

Nous n'avons point diminué la force de l'argument de Mr. de Savigny, qu'il aurait bien encore pu augmenter en parlant de l'analogie des cas et dispositions semblables également admise dans la jurisprudence Française (2) (quoique Mr. de Savigny ait prétendu qu'elle n'était pas connue (3), sans rendre raison de cette exclusion prétendue). Certainement l'objection est grave et la conclusion qu'on pourrait en déduire décisive, sinon contre la codification en général, du moins contre le code civil de France: mais notre solution n'est pas moins décisive, c'est que l'objection est fausse dans toutes ses branches, qu'il n'y a qu'un mal-entendu, une fausse représentation des faits qui ait pu y donner lieu, et que

---

(1) Nous nous sommes occupés *ex professo* de ces questions dans un petit ouvrage intitulé *principes sur les questions transitoires*, *Amsterdam*, 1813. V. aussi *Weber, über die Rückanwendung Hannover* 1811. *Chabot de l'Aillier, Questions transitoires, Paris* 1809. 2 Vol. 4°. *Borst, über die Anwendung neuer Gesetze, Bamberg* 1814. *Bergmann, Verbot der rückwirkenden Kraft, Hannover* 1818. *Merlin, Repert.* Tom. 17. *in voce Effet Rétroactif.*

(2) *Delvincourt, Institutes de Droit Français. Sect. prélim.* Ch. 1. No. 3. *Merlin, répertoire in V. Interprétation.*

(3) *Vom Beruf.* pag. 75.

bien loin d'attribuer force de loi à toutes les sources qu'énumère Mr. de Savigny, bien loin d'exiger toutes les connaissances qu'il suppose nécessaires pour établir les dispositions législatives, aucune loi Française n'a jamais rien porté de pareil, aucun jurisconsulte Français n'a jamais eu la moindre idée de la doctrine qu'établit Mr. de Savigny; qu'au contraire, et les lois expresses, et la doctrine des auteurs, et les arrêts des cours et tout ce qui constitue la jurisprudence Française dans son acception la plus étendue, se réunissent pour établir l'opposé de ce qu'il a admis en fait.

La loi sur l'introduction du code civil (1) porte en termes exprès, » qu'à compter du jour, où ces lois sont » exécutoires, les lois Romaines, les ordonnances, les cou- » tumes générales ou locales, les statuts, les règlemens, » cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans » les matières qui sont l'objet des lois qui composent » le code civil." Le code de procédure civile porte également (2), » que tous procès intentés depuis l'époque » de son introduction, seront instruits conformément à » ses dispositions, que toutes lois, coutumes, usages et » règlemens (relatifs à la procédure civile) seront abro- » gés." La loi sur l'introduction du code de commerce (3) n'est pas moins positive: » à dater du dit jour, » toutes les anciennes lois touchant les matières commer- » ciales, sur lesquelles il est statué par le code, sont

(1) Loi décretée le 30 Ventose an XII, (21 Mars 1805) promulguée le 10 Germinal an XII. (31 Mars 1804).

(2) Art. 1041.

(3) Loi du 15 Sept. 1807.

» abrogés." Quant aux coutumes, la loi a étendu plus loin ses précautions, en ne permettant pas même de s'y référer en termes généraux (1), de même qu'elle a expressément défendu aux juges de prononcer par voie réglementaire ou par disposition générale sur les causes qui leur sont soumises, et a refusé tout appui aux jugemens, dès qu'ils sortent de l'espèce donnée ou envers d'autres que les parties (2).

L'erreur de Mr. de Savigny et de ceux qui, de confiance, ont suivi la même route, provient de ce qu'à défaut de connaissance des lois et de la jurisprudence Française, il a confondu la législation avec la doctrine, et qu'il s'est fait une idée absolument fausse de l'état du droit en France, idée qu'il aurait pu facilement rectifier en consultant quelqu'auteur ou commentateur distingué, ou même en s'appliquant avec plus de soin aux lois elles-mêmes: et cette erreur sur la jurisprudence actuelle d'une nation voisine, dans un tems où l'Imprimerie et la facilité des correspondances a tellement augmenté la communication entre tous les païs, sur le droit qui non seulement régit la France depuis nombre d'années, mais qui a été imposé à plusieurs autres nations, notamment à une partie de l'Allemagne, où il est encore en vigueur, peut justifier quelque défiance générale sur la méthode historique de traiter et d'enseigner le droit Romain. Il ne nous reste que quelques fragmens des anciens jurisconsultes Romains, les Insti-

(1) *Code civil.* Art. 1590.

(2) *Code civil.* Art. 5, 1351. *Code de procéd. civ.* Art. 474 et suiv. Art. 480. N°. 3 et 6.

tutes de Gajus et autres manuscrits qu'on vient de retrouver, sont dans un état de délabrement qui nécessite des additions, des supplémens, des émendations conjecturaires; l'état social, les moeurs, les habitudes, les coutumes, les usages des Romains ne nous sont connus que par quelques ouvrages également mutilés par le tems, souvent restaurés et toujours interprétés d'après des hypothèses plus ou moins ingénieuses, qui donnent lieu à des doutes et à des opinions assez divergeantes; comment peut-on se flatter de connaître avec certitude le véritable état de leur législation positive et coutumière, le véritable sens de leurs lois, la tendance et l'esprit des législateurs, quand nous voyons un homme aussi profondément instruit, aussi savant, et nous n'en avons aucun doute, aussi ami de la vérité, se tromper si complètement que l'a fait Mr. de Savigny relativement à l'état du droit en France, et cette erreur s'accréditer et faire école à côté du nombre important d'ouvrages imprimés et publiés, circulant dans l'Europe entière, qui prouvent à chaque page le contraire, à côté des journaux scientifiques et de jurisprudence qui se distribuent tous les jours, et qui entretiennent une correspondance entre toutes les parties du monde savant, entre les jurisconsultes de tous les païs. Et quand il serait vrai que Mr. de Malleville se soit trompé à l'égard des *res mancipi*, que Mr. Portalis ait mal interprété l'expression de *jus publicum*, qu'à ce sujet il ait même confondu l'ouvrage de Bartole avec le droit Romain (1), ces légères erreurs auraient-elles dû être relevées par un juriscon-

(1) *Vom Beruf.* pag. 61 et 62.

sulte qui s'abuse sur les sources du droit Français, qui confond la doctrine avec la loi, les arrêts des cours avec les articles du code, la jurisprudence avec la législation? La solution de l'objection de Mr. de Savigny mérite d'autant plus d'être approfondie, qu'elle donne la véritable clef de ce que peut et doit être une loi écrite et sanctionnée, et comment cette loi peut être complette et au dessus de tout reproche, par cela même que Mr. de Savigny lui reproche comme un défaut.

Les premiers tems de la Révolution Française furent fertiles en grandes idées, et amenèrent plusieurs innovations tellement heureuses, que le tems les a consacrées, et que les plus grands changemens, que la Restauration même les a adoptées et confirmées: seulement qu'en général elles étaient sujettes à l'exagération, et que tout ce qui en est demeuré a dû être fixé et mûri par le tems et l'expérience. De ce nombre est la conception d'une législation générale, uniforme et écrite, conception aussi hardie que difficile, et exécutée (quoiqu'en veuillent dire ses détracteurs) avec un bonheur et un succès exemplaires en France; mais cette idée même n'était pas exemte de l'exagération qui, aux yeux de la postérité, caractérisera et flétrira toujours cette époque mémorable; on crut qu'il serait possible de simplifier la législation au point de la mettre à portée de chaque citoyen, et de se passer de la science du droit, ainsi que de l'intervention des jurisconsultes, des avocats et procureurs, des hommes de loi de toute espèce. Déjà nous avons vu la même idée en Prusse (1) où on l'étendit même à

(1) C'est surtout dans les écrits de Voltaire et d'autres philo-

ceux qui ne font que constater les volontés des parties contractantes, aux notaires. Heureusement en France on rencontra des jurisconsultes qui connaissaient la pratique et la joignaient à la théorie; on sentit bientôt qu'on s'était fourvoyé dans une mauvaise route, et après un égarement de quelques années, après avoir momentanément supprimé les barreaux et les appels réguliers, après la première effervescence des justices de paix, des appels réciproques et des arbitrages forcés, on en revint à l'ancien état; les avoués remplacèrent les procureurs, les avocats reparurent, les écoles de droit furent rétablies: tandis qu'en Prusse les idées du Souverain ayant trouvé des jurisconsultes théoréticiens et sans expérience, passèrent dans la loi et introduisirent des commissaires de justice, et une instruction de la procédure civile qui, jusqu'à ce jour, entravent la marche naturelle des affaires, et dénaturent l'institution la plus utile et la plus sacrée, en refusant aux individus la faculté d'exercer leurs droits. C'est le manque de jurisconsultes comme Merlin, Tronchet, Portalis, Malleville et autres de cette trempe (qui pouvaient se tromper sur une disposition du droit de la République Romaine, ou confondre la glose avec le texte de la loi, mais qui ne s'abusaient pas

---

sophes Français que le Grand Frédéric a puisé la préoccupation contre la science du droit: c'est à la même source qu'on doit attribuer les mêmes idées dans le commencement de la Révolution Française. L'exagération des défauts de la législation et des abus de la jurisprudence, est pardonnable à un écrivain qui cherche à faire germer des idées nouvelles et des améliorations; un législateur doit mettre plus de calme et de modération dans ses principes et leur application.

sur ce qui est d'application journalière et d'utilité publique, et par lesquels la législation a été sauvée et restaurée en France) qui a perverti la législation Prussienne. Ce sont encore les auteurs qui s'attachent plus à une vétille de l'ancienne Rome qu'à une loi importante de nos jours, les professeurs qui mettent leur gloire à enseigner, au lieu de jurisprudence pratique, la littérature, les antiquités et l'histoire, qui ont fait perdre en Prusse et même dans toute l'Allemagne, la véritable idée de ce que doit être la législation.

A peine eut-on commencé en France à faire des lois nouvelles, qu'on s'apperçut qu'il était impossible, surtout du premier jet, d'embrasser l'étendue des contingences possibles, et qu'il existait des cas non-prévus par la loi; l'expérience n'avait pas encore ramené les esprits à une vérité ancienne et reconnue plus tard, que le législateur ne peut que statuer des principes, lesquels par la science et la jurisprudence s'appliquent à toutes les espèces prévues ou non; on craignait d'admettre une doctrine qui ferait renaître une jurisprudence et ramènerait le besoin de l'intervention des hommes de loi, et on défendit aux juges de faire des règlemens, leur enjoignant de s'adresser au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiraient nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle (1). La même cause amena les mêmes effets en Prusse, où on nomma une commission législative qui devait interpréter toute obscurité dans la loi (2):

(1) Loi du 24 Août 1790. Titre 2. Art. 12.

(2) *Entwurf des Gesetzbuchs. Einl.* § 34—36. *Savigny vom Beruf*, pag. 88.

en général, de pareilles dispositions sont admises en Allemagne, et y ont même rencontré des défenseurs parmi les savans (1). Cependant le Corps législatif se vit importuné, accablé de demandes en interprétation de la loi et de dispositions nouvelles, même lorsqu'il n'existait aucune nécessité, et qu'avec un peu plus d'attention ou de sagacité le juge aurait lui-même trouvé la solution dans la loi, qui n'avait pas le défaut, lequel résidait dans le juge seul: les explications et supplémens de loi donnés successivement n'étaient pas toujours conséquens aux mêmes principes, et embrouillaient souvent plus qu'ils n'éclaircissaient la matière; enfin l'on reconnut que des interprétations authentiques ou des lois nouvelles données à l'occasion d'une espèce déjà existante, ne pouvaient être appliquées à cette espèce sans rétroactivité. Un retour à des idées plus calmes et plus modérées, joint à la douloureuse expérience des conséquences funestes du système adopté, ramena les esprits; et le nouveau code, en menaçant d'une poursuite en déni de justice, le juge qui refuserait de prononcer sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi (2), réintroduisit la nécessité d'une interprétation doctrinaire et de la science du droit, et fit cesser les

(1) *V. Rehberg über den Code Napoleon*, pag. 29. *Preussische Prozess-Ordnung*. T. 13. § 32. T. 14. § 65.

(2) *Code civil*, Art. 4. C'est cet article entièrement opposé aux idées reçus en Allemagne, qui a été surtout sévérement critiqué par Mr. Rehberg comme tendant à introduire l'arbitraire dans les jugemens, tandis que sa tendance est manifestement contraire. Tant l'habitude peut induire en erreur même les hommes les plus instruits et plus clairvoyans lorqu'ils ne sont pas préoccupés.

interprétations authentiques avec tous les abus qui en étaient la conséquence immédiate et nécessaire.

Cette disposition suppose qu'il n'existe aucun cas omis, aucune obscurité insoluble, aucune contradiction dans la législation; et certainement aussi longtems que la loi, comme tout ce qui sort des mains de l'homme demeure sujette à des défauts, il est impossible d'admettre cette supposition comme vraie dans toute son étendue, et bientôt nous aurons l'occasion de développer les moyens qu'a statués cette même législation, pour subvenir à de pareilles lacunes: mais la supposition existe comme principe général, auquel sont tenus de se conformer tous ceux qui s'occupent de connaître et de rechercher le sens de la loi, et de l'appliquer aux espèces qui se présentent. C'est une de ces idées grandes et imposantes, qui frappent du premier abord, que celle de ne point admettre de défauts dans la législation, et de n'attribuer qu'au défaut de celui qui veut l'appliquer sans l'avoir profondément étudiée, toutes les omissions, les contradictions, les obscurités supposées. Cette idée est d'ailleurs nécessaire, puisqu'il est indispensable d'avoir une norme ou règle certaine dans la manière d'envisager la loi, et que supposer des défauts, sans spécifier exactement ces défauts, ne peut amener aucun résultat positif, et qu'il faut s'en tenir à la perfection qui seule est constante; de même que le mathématicien, en calculant les distances, ne peut avoir égard qu'à la ligne droite, comme la seule déterminée, et que si dans le calcul il doit faire entrer une courbe, il est indispensable d'en indiquer la nature et la formule, si on ne veut retom-

ber dans l'incertitude (1). Cette idée enfin ne peut avoir de conséquences funestes ou dangereuses dans l'application, au moyen des précautions dont on a entouré la législation, dans les cas rares dans lesquels il est constaté et prouvé d'une manière non équivoque et indubitable, que le défaut réside dans la loi; et surtout cette idée devient inoffensive et consolante, lorsque ces cas reconnus sont si éminemment rares, et qu'ils prouvent (comme le fait l'expérience en France) l'excellence de la législation.

Afin de pouvoir prétendre à cette perfection, les législateurs Français, profondément versés dans la connaissance pratique des lois, ont suivi principalement deux règles que tout législateur ne devrait jamais perdre de vue; la première, que la loi ne peut contenir que des dispositions impératives; la seconde, qu'elle ne doit pas descendre à l'individualité. D'après la premiere règle, le législateur ne doit donner ni définitions, ni établir de distinctions, à moins que l'idée qu'il définit ne soit dépendante de sa disposition, et que la distinction ne contienne également une disposition législative. La loi ne doit pas donner une définition de la chose qui existe indépendamment de cette dé-

(1) C'est le même motif qui a introduit la règle: » unusquisque » praesumitur bonus, donec probetur contrarium," règle nécessairement admise toujours et partout. Ce n'est pas qu'on *suppose* les hommes probes, en ce cas il ne serait pas besoin d'une législation; mais que pour juger des actions de l'homme comme de tout autre événement, il faut une norme et règle fixe; or, la probité et la vertu est une, sa marche est déterminée, le vice est susceptible de mille variations et gradations; *présumer* un homme vicieux ne signifierait rien, à moins qu'on ne pût en même tems fixer le genre et le degré du vice qu'on lui attribue.

finition; elle risquerait trop en voulant exprimer ce qui existe de fait, et peut ne pas répondre exactement aux termes de la loi (1): si la définition était du domaine de la législation, il faudrait que tout ce qui se trouve placé en dehors de cette définition, soit également en dehors de la disposition; elle doit être impérative expressément ou virtuellement; tout ce qui ne répond pas expressément aux notions décrites, doit être considéré comme une chose différente, à laquelle les dispositions positives ne sont pas applicables (2).

Les termes dont se sert la loi, sont connus et doivent l'être de tous ceux qui s'occupent de l'application de cette loi. D'après le second principe, la loi ne préscrit que des règles générales, et se borne au genre: celui qui veut spécialiser, bien plus encore celui qui veut individualiser l'application de la règle, doit bien se pénétrer de son esprit, et en définir les conséquences pour chaque espèce et chaque cas: c'est à lui qu'appartiennent les distinctions, les divisions et les subdivisions; c'est dans ses attributions que se rencontre la science qui, des dispositions impératives de la loi, déduit un ensemble scientifique, un traité complet, une explication savante et méthodique de la législation. Toute cette partie est du domaine de la jurisprudence, et elle forme

(1) C'est ce que savaient déjà les jurisconsultes Romains, »Omnis » definitio in jure est periculosa, parum est enim ut non subverti » possit," dit *Javolenus* in L. 302. D. *de Reg. juris.*

(2) Telle est par exemple la définition de la lettre de change, *Code de Comm.* Art. 110. La moindre omission d'une des conditions fait que le billet n'est plus sujet aux dispositions du droit cambial

les connaissances nécessaires au jurisconsulte et au magistrat: elle n'est pas la loi, mais elle apprend à se servir de cette loi pour les espèces particulières, et les cas individuels qui se présentent dans la marche habituelle des affaires.

Pour bien comprendre et interpréter les lois, il faut d'abord bien connaître la langue dans laquelle elles sont écrites (1), et particulièrement les expressions techniques dont le législateur peut s'être servi dans la supposition assez naturelle que celui qui s'ingérerait d'appliquer les lois, soit comme jurisconsulte ou comme magistrat, n'ignorerait pas cette signification. Si, malgré ces premiers élémens d'interprétation, la loi demeure obscure ou incomplète, c'est au jurisconsulte de consulter les autres dispositions législatives, et de raisonner par analogie de ce que le législateur a statué dans d'autres cas semblables, à son intention probable dans celui duquel il s'occupe: et comme on peut se défier de son propre raisonnement, il peut profiter des lumières des autres, ou consulter ce qu'ont pensé des auteurs graves et renommés, ce qu'ont décidé les tribunaux les plus élevés. Enfin, l'interprétation que l'usage donne à une loi, mérite d'entrer en considération, et ce n'est qu'a-

(1) Cette observation, quelque simple qu'elle paraisse, n'est pas superflue. A l'introduction du code Français dans la Hollande, la traduction même officielle ayant été confiée à des personnes peu instruites du génie de la langue Française, on y trouve des contresens, par exemple à l'art. 259, 1031 § 3 etc. où la traduction diffère du texte, et quelquefois lui est contraire. On s'apperçoit du même défaut dans le code Hollandais de 1809, *Art.* 244 *et suiv.*

près avoir réuni tous ces élémens, que le jurisconsulte éclairé se risque à émettre son opinion qu'il soupçonne toujours avec raison ne pas être juste, lorsqu'il la trouve en opposition avec le droit naturel et l'équité. Toutes ces prétendues sources du droit civil, indépendantes de la législation écrite et sanctionnée, ne sont que les considérations que fait valoir le jurisconsulte qui veut interpréter la loi, lorsqu'elle paraît obscure ou défectueuse, qui déterminent le magistrat lorsqu'il ne veut pas s'exposer au risque d'être poursuivi du chef de déni de justice. L'erreur de Mr. de Savigny se trouvera plus complètement détruite, si nous analisons ces considérations qui peuvent se réduire à trois espèces, celles indépendantes de toute loi positive, celles puisées dans des lois antérieures, et celles dérivées des élémens postérieurs à la législation du code.

Je range dans la première classe ce qu'il appelle équité naturelle, droit naturel, principes généraux, maximes. Sans aucun doute, celui qui s'occupe d'interpréter la loi, doit se garder de lui donner un sens contraire au droit naturel et à l'équité; non pas cette science de droit naturel sur laquelle les savans et les philosophes disputent depuis des siècles, et qui dépend de principes philosophiques sur lesquels on n'est pas d'accord, et dont on dérive des conséquences qu'on n'admet pas également; non pas une théorie de morale également vague et indéterminée (1), mais ce droit naturel que les jurisconsultes Romains ont défini avec

(1) *Dr. Reddies, letter to the Lord high Chancelor; pag.* 11 *not.*

beaucoup d'exactitude comme celui que la nature a enseigné à tous les hommes (1), qui dépend, selon les uns, d'une idée innée, d'un sens moral, selon d'autres, de la conscience, mais au sujet duquel il n'existe aucun doute dans le cœur de tout être raisonnable et pensant, s'il n'est détourné pas des coutumes bizarres ou des raisonnemens sophistiques. Il n'est pas impossible que des considérations majeures, tirées de quelques circonstances particulières souvent inconnues à celui qui ne voit que la loi seule, motive des dispositions en apparence contraires au droit ou à l'équité naturelle: et alors c'est à cette loi positive seule qu'est due l'obéissance la plus implicite: seulement, cette opposition apparente entre la loi civile et naturelle peut rendre douteuse l'interprétation, et on a lieu de soupçonner que ce n'est pas dans la loi positive qu'existe le défaut, mais dans la manière de l'entendre ou de l'expliquer.

Bien loin que les principes généraux de droit naturel ou d'équité puissent jamais contrebalancer la disposition expresse de la loi positive, ils y sont subordonnés (2); mais cette divergeance est un motif de défiance contre l'explication de la loi, elle sert d'avertissement aux jurisconsultes de chercher, si

(1) » Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit." *L.* 1 § 3 *D de Justitia et Jure.* » Quod naturalis ratio inter omnes » homines constituit, jus gentium vocatur." § 1 *Inst. de jure natur.*

(2) » Stulta est sapientia quae lege vult esse sapientior" disait le savant d'Argentré. Delà les règles: » Lex etiamsi dura ita scripta » est" et » non capitur qui jure communi utitur."

faire se peut, une autre explication moins dure et moins contraire à l'équité naturelle (1).

Dans la seconde classe de ces prétendues sources du droit, se rangent les argumens tirés des lois Romaines, des anciennes lois et coutumes, du droit commun. Lorsque le législateur a emprunté à l'ancien droit des termes techniques, des institutions, des dispositions entières, cet ancien droit peut servir à mieux faire sentir l'intention du législateur. Souvent la loi contient des mots adoptés comme ayant une signification connue, et qu'il faut éclaircir par les lois et les usages anciens (2): d'autres fois, elle rappelle une ancienne institution, soit nommément, soit par le fait, pour la confirmer, la supprimer ou la modifier (3); c'est encore le cas de recourir aux lois anciennes, pour expliquer ce que le législateur a voulu abroger, confirmer ou changer. Enfin, il est des cas en très petit nombre à la vérité, mais dont le

(1) Tous les argumens tirés du droit naturel ou de l'équité, se réduisent au principe des jurisconsultes Romains » Benignius leges » interpretandae sunt quo voluntas earum conservetur." *L.* 18 *de legibus :* obéissance implicite à la loi, faveur dans l'explication.

(2) C'est surtout dans le code de procédure civile, que la loi Française a adopté les anciens termes techniques comme connus, sans en donner d'explication directe: aussi, ne peut-on se faire une idée de la procédure d'après les seuls articles du code, et faut-il nécessairement recourir à la doctrine des auteurs et à la pratique ancienne que le code a reformée.

(3) L'émancipation et la curatelle (*Code civil*, *art.* 476 *et suiv.*) rappelle le droit Romain pour le modifier; les dispositions permises en faveur des petits-enfans et des neveux (*Code civil*, *art.* 1048 *et suiv.*) rappellent et modifient l'ancien Edit des substitutions. L'art. 135 du Code de commerce rappelle, pour les abolir, tous les délais de grace et de faveur dans le païement des lettres de change.

législateur n'a pas cru devoir s'occuper, et que par conséquent il a laissés dans la disposition du droit commun, c'est-à-dire du droit qui régissait ces matières avant l'introduction du code (1).

Enfin, depuis la sanction du code, nombre de jurisconsultes se sont appliqués à publier des traités de droit général, ou de quelque branche spéciale de ce droit; des jugemens et des arrêts qui fixaient l'application de la loi à des espèces particulières, ont été rendus, et publiés successivement dans des recueils d'après l'ordre méthodique, alphabétique ou chronologique; et celui qui est appelé à se prononcer sur une espèce donnée, aime souvent à se procurer toutes les lumières possibles, et à fortifier son opinion des autorités les plus graves, qu'il puise dans les raisonnemens des auteurs ou dans les considérans des arrêts, et dont l'influence dépend de la réputation de savoir des auteurs et des tribunaux, de la justesse de ces raisonnemens et de ces considérans, du plus au moins d'applicabilité des mêmes principes. Ce n'est que la raison qui a déterminé un auteur ou une cour à adopter une interprétation quelconque, et non la détermination ou la conséquence même, qui fait autorité; et lorsqu'un jurisconsulte s'appuie de l'opinion d'un commentateur renommé ou d'une cour d'appel, son intention n'est, et ne peut être, de vouloir faire passer cette opinion comme décisive ou obli-

---

(2) Comme les préscriptions anciennes, *Code civil*, *art.* 2281, les avantages des exécuteurs testamentaires, les servitudes et services fonciers, *Code civil*, *art.* 650, 674 *etc.*

gatoire (1), mais de prouver qu'il n'est pas le seul qui ait donné la même interprétation, qu'elle a été également approuvée par des personnes dont les connaissances et la sagacité sont reconnues, et qui se sont prononcées impartialement sans avoir égard à l'espèce donnée. On peut soupçonner un avocat de hazarder une interprétation de la loi en faveur de la cause qu'il plaide, un jurisconsulte de fausser les conséquences pour fortifier le systême qu'il défend; on peut l'accuser de préoccupation, de partialité, de mauvaise foi même, et il lui importe alors de prouver que, dans d'autres circonstances, son opinion a été également celle des jurisconsultes qui n'étaient et ne pouvaient être influencés par les mêmes motifs d'erreur.

L'usage peut encore être allégué après la sanction du code, dans tout ce qui n'a pas été réglé par la loi elle-même, ou dans ce qu'elle a expressément abandonné à l'usage comme étant de pure localité, sans être susceptible d'une disposition générale (2). C'est encore l'usage qui règle nombre de petits détails dans la procédure, dont la loi n'a pas cru nécessaire de s'occuper, ainsi que la

(1) Il est, nous le savons, des praticiens qui ne se sont pas assez appliqués à la connaissance du droit, et qui suivent comme lois les doctrines des principaux jurisconsultes et les arrêts des Cours: quelquefois ils font bien de ne pas s'abandonner à leurs propres lumières; mais au fond, c'est une erreur, et c'est à ce titre que Mr. *Dupin* la signale comme assez commune en province. V. son ouvrage *de la Jurisprudence des arrêts*. Le sens de cette observation vous a échappé. *Lettres sur la chancellerie*, *pag.* 316 *not.*

(2) Telles sont plusieurs servitudes; *Code civil*, *art.* 674 les assolemens des terrains, *art.* 590, 1774; les conditions des baux à ferme et des autres baux, *art.* 1736, 1754, 1758, 1777 *etc.*

forme des actes, au sujet desquels la loi s'est bornée à indiquer ce qui est indispensable.

Après avoir ainsi parcouru toutes les sources auxquelles les jurisconsultes et les magistrats en France, et depuis la sanction du code, puisent les élémens de la science qui consiste à interpréter les lois existantes, et à les appliquer selon leur véritable intention, ajoutons un seul mot qui suffit pour confondre l'objection entière de Mr. de Savigny; c'est que toutes les considérations que nous venons d'indiquer, se réuniraient envain pour changer la moindre disposition des lois positives. Toute la jurisprudence, prise dans son sens le plus étendu, fléchit devant un article de la loi: c'est la loi seule qui décide, c'est elle seule qui fait autorité; c'est elle seule que les tribunaux doivent appliquer et citer dans leurs jugemens; c'est elle seule dont la violation peut donner ouverture à la cassation d'un jugement. Qu'un jugement soit contraire au droit Romain, aux anciennes coutumes, à la doctrine de tous les arrêts et de tous les auteurs, aux usages les plus constans, aux principes du droit et de l'équité naturelle, qu'il blesse même le sens commun, il sera obligatoire pour les parties et à l'abri du recours en cassation; tandis que la Cour régulatrice pourra et devra casser tout jugement rendu d'après l'équité reconnue, conforme au droit Romain, aux anciennes coutumes, à la jurisprudence et l'usage reçus, s'il viole la moindre disposition de la loi, quelque peu important qu'elle puisse paraître. Il est de droit naturel, il est dans les principes de l'équité, il est conforme aux lois Romaines et aux anciennes coutumes, qu'un enfant ill

gitime ait le droit de demander des alimens à ses parens, et à cet effet de rechercher quel est son père: mais envain tous les jurisconsultes se réuniraient pour réintroduire ces demandes, envain les cours s'entendraient pour donner gain de cause aux enfans naturels, la sanction de la loi qui prohibe la recherche de la paternité est là (1), et le premier père prétendu qui s'en prévaudrait, devrait obtenir de la Cour de cassation un arrêt favorable. La loi seule est obligatoire; c'est sur elle seule qu'on peut établir ses droits; et celui qui est appelé en justice pour se défendre contre une demande, n'a pas à s'inquiéter d'autre chose que des dispositions législatives expresses.

Lorsqu'après l'introduction d'une loi positive et écrite, il se forme une jurisprudence basée sur l'état de la législation ancienne, sur les principes du droit et de l'équité naturelle, sur l'analogie des cas semblables exprimés dans la loi même, sur l'usage et sur l'interprétation suivie et adoptée, sur les opinions des meilleurs jurisconsultes et les arrêts des tribunaux les plus distingués, cette jurisprudence n'a pour seul et unique objet que d'interpréter la loi, d'en rendre le sens moins douteux, moins obscur et moins difficile dans l'application. Les auteurs, les tribunaux ne peuvent rien changer à la loi; mais il se

(1) *Code civil.* Art. 340. Il en est de même des nullités de forme dans les testamens, quelque dure que puisse paraître la disposition, et quoiqu'elle serait absolument neuve et inconnue précédemment. L'art. 1029 du Code de procédure civile, le premier sur les dispositions générales, porte impérativement qu'aucune nullité, amende ou déchéance prononcée par ce code n'est comminatoire.

peut qu'on réussisse, sans toucher à la sanction, à trouver un heureux rapprochement qui aurait échappé à l'attention générale, et qui fasse reconnaître une erreur reçue dans l'application de la loi, et par conséquent, quoique la loi reste la même, son application pourra être différente, quelquefois même opposée, sans cependant que le jurisconsulte qui aurait fait cette découverte, qui l'aurait fait adopter par les tribunaux, qui l'aurait fait prévaloir dans l'opinion commune, et qui ainsi aurait opéré une espèce de révolution dans cette partie du droit, aurait exercé la moindre partie du pouvoir législatif, ou aurait eu quelqu'autorité pour introduire une loi. Prenons un exemple; la tradition porte que Dumoulin, après avoir fait donation universelle de ses biens à son frère et s'en être repenti, depuis que marié il eut des enfans, chercha les moyens de faire annuller cette donation; qu'il trouva, dans le code, une loi qui autorisait le patron à révoquer, pour cause de survenance d'enfans, la donation faite à son esclave affranchi (1), et que partant de ce principe, il a établi une doctrine générale sur le droit de révoquer des donations universelles, lorsque le donateur a eu des enfans depuis la donation. Certainement, en introduisant cette théorie de la révocabilité des donations, nouvelle et inconnue avant lui, Dumoulin opérait un changement dans le droit; mais en était-il l'auteur? était-il législateur? Autant vau-

(1) L. 8. *Cod. de revoc. donat.* Je sais que l'anecdote sur Dumoulin est très peu sûre, mais je me plais à la rapporter du moins comme possible, attendu qu'elle est singulièrement propre à faire sentir dans toute son étendue ce que j'ai indiqué.

drait dire que Harvey a fait circuler le sang, ou que Newton a introduit l'attraction dans la nature, parceque c'est à eux que sont dûes ces découvertes importantes. Harvey et Newton, en suivant les phénomènes de la nature, doués d'une attention, d'une sagacité supérieures à leurs prédécesseurs, ont découvert ces règles précieuses; l'expérience les a confirmées, elles sont passées actuellement dans l'opinion commune, et considérées comme des règles indubitables; et c'est exactement ce qu'a fait Dumoulin pour la révocation des donations à raison de la survenance d'enfans. Comme Harvey et Newton, Dumoulin n'a fait que démontrer ce qui existait indépendamment de lui: tout autre à sa place, doué des mêmes talens, aurait pu faire la même découverte; un génie supérieur, un phénomène nouveau, peuvent faire admettre de nouveaux principes: la ressemblance sous ce rapport est parfaite. Comme la nature, dans la physiologie, la physique et l'histoire naturelle, est la seule et unique base de toute certitude, de même aussi la loi l'est de tout droit comme de toute obligation: les auteurs, commentateurs, arrêtistes, exposent et déduisent les phénomènes; ils en examinent les principes et établissent la science, mais cette science n'est qu'une connaissance développée de ce qui existe; elle doit partout céder à la vérité, à ce que porte la loi; et de même que la conspiration de tous les savans contre un systême quelconque n'en détruit pas la réalité, et ne peut convaincre celui qui est mieux informé du contraire; de même que Galiléi, en sortant du cachot de l'inquisition, où il avait été enfermé par suite de sa théorie alors condamnée du mouvement de la terre, pou-

vait dire et disait: *Eppur' si muove;* de même aussi celui qui est fort du texte de la loi expresse, est au dessus de toute la jurisprudence, en s'appuïant sur cette loi.

Toutes ces prétendues sources du droit, indépendantes de la législation positive, ne sont donc que des fantômes que s'est créée l'imagination de Mr. de Savigny, en confondant (ce que l'étude du droit Romain aurait aisément pu lui faire comprendre) la glose avec la loi; et le commentaire avec le texte. Quel que soit le nombre des commentaires et des recueils d'arrêts, la loi n'en éprouvera aucune altération, et il n'y aura jamais nécessité de les connaître, de les étudier, d'en embrasser la totalité: tous ne peuvent servir qu'à faciliter et à éclairer les conséquences de la loi écrite, à laquelle ils ne peuvent rien ajouter ni rien diminuer: bien différens sous ce rapport des *Reports* en Angleterre, qui contiennent les jugemens par lesquels se manifeste la loi commune et non écrite, par lesquels seuls cette loi peut se connaître, et qu'il faut étudier tous, pour pouvoir décider en jurisconsulte de la disposition législative établie par les précédens (1).

En France, et c'est ce qui doit être admis dans tout païs où l'on sait apprécier la valeur d'une loi positive et écrite, toute la jurisprudence se borne à faire connaître

(1) C'est pourquoi la masse des recueils d'arrêts en France ne peut jamais avoir d'inconvéniens; il est libre à chacun de s'en passer, et les arrêts n'ont pas de force obligatoire. En Angleterre, où les précédens obligent les juges, il est indispensable de consulter les recueils, de les épuiser même, et dès lors leur volume devient une source d'embarras très réelle.

la loi, et à en faciliter l'interprétation et l'application, et peut par conséquent être utile au magistrat, comme au jurisconsulte qui suit le barreau; elle n'est jamais obligatoire, et n'est pas nécessaire à celui qui se borne à la connaissance simple de la loi, ou à celui qui saisit assez bien l'ensemble de la législation, pour se passer des idées qu'un autre a émises avant lui (1).

Ce qui prouve évidemment la vérité de ce que nous venons d'avancer, c'est une loi rendue en France pour fixer ce qui doit s'observer en cas d'insuffisance ou d'obscurité reconnue dans la législation; loi qui démontre non seulement que la jurisprudence des arrêts ne peut, en aucun cas, changer la loi ou suppléer à ses défauts, et que par conséquent la jurisprudence n'est pas une source du droit proprement dit, mais qui est encore très intéressante sous un autre rapport, sous celui de la possibilité de la codification et de son utilité, et qui répond à cet égard à une autre objection faite par Mr. de Savigny et ses sectateurs. La loi Française a établi une cour régulatrice et unique, à laquelle peuvent être déférés tous les jugemens rendus en dernier ressort: ce n'est pas une cour d'appel, une nouvelle instance dans laquelle la cause est jugée de nouveau; la Cour de cassation ne prononce que sur le jugement dépouillé de

(1) J'ai toujours suivi avec succès une méthode que je puis recommander à tous les jurisconsultes praticiens, surtout aux commençans: c'est de ne baser mon opinion première que sur la loi seule, et de ne consulter les commentateurs et les arrêtistes qu'après avoir formé une opinion, sauf à la rectifier, si des raisonnemens plus plausibles et des allégations de la loi plus décisives se présentent dans les commentaires ou les arrêts.

son individualité, sans prendre connaissance des faits, qu'elle doit admettre tels qu'ils ont été déclarés constans (1). Si, dans ce jugement, la cour suprême découvre une aberration des lois sur la procédure par violation des formes préscrites, ou du fond de la législation, par une fausse application de la loi, ou enfin des lois sur l'organisation et la compétence des tribunaux, par un excès de pouvoir, elle casse le jugement ou l'arrêt déféré; mais sans pouvoir de décider l'affaire elle est tenue de renvoyer la connaissance du fond et sa décision à une autre cour ou un autre tribunal égal à celui qui avait rendu le jugement annullé. La cour ou le tribunal auquel le renvoi est fait, doit réexaminer la cause avec la plus grande attention, et mettre la plus grande solennité à son instruction; mais elle est libre dans son jugement, sans être obligée de suivre l'arrêt de la Cour de cassation. Il est possible que la cour qui juge d'après le renvoi, ne partage pas l'opinion de la cour suprême, et qu'elle adopte celle de l'arrêt cassé; il y a alors lieu à un second recours en cassation: seulement la cour régulatrice, pour donner encore plus de poids à son arrêt, doit juger en réunion de toutes les chambres assemblées et sous la présidence du Ministre de la Justice. Lors même qu'alors la cour régulatrice, en persistant dans son avis, casse également le second arrêt, elle n'a pas encore le droit de prononcer au fond, bien moins de régler l'avenir, en expliquant le sens du législateur on en suppléant à la lacune

(1) C'est ce que j'ai expliqué ailleurs, *Esprit des institutions judiciaires*, L. 7. Ch. 6.

qu'il a laissée: elle ne peut que casser le second arrêt, avec un second renvoi à une troisième cour qui est encore libre de prononcer comme les deux premières. Dans ce cas qui n'est pas sans exemple (1), où deux arrêts de la Cour de cassation, dont l'un rendu toutes les chambres assemblées, sont en contradiction avec trois arrêts rendus par des cours inférieures dont deux au moins en assemblée solennelle, la législation a cru devoir reconnaître qu'il y a défaut dans la loi, soit à raison de son obscurité qui la rend inintelligible, soit à raison d'une antinomie entre deux dispositions, soit à raison d'une lacune dans la législation, et elle décide qu'il y a lieu à interpréter la loi. Mais encore l'autorité judiciaire n'est point appelée à une décision qui ré-

(1) Qu'il me soit permis d'en citer un. Comme juge à Amsterdam, j'ai instruit le procès du nommé Jean Pasman et de sa fille Clasina Pasman accusés de meurtre suivi de vol commis à Amsterdam. A la cour d'assises, le père fut déclaré coupable de meurtre suivi de vol, condamné à mort et exécuté. La fille fut acquittée du chef du meurtre, mais déclarée coupable de complicité de vol précédé de meurtre, avec connaissance de ce meurtre: ce crime était-il prévu par la loi? Et le meurtre qualifiait-il le vol, comme le vol qualifie le meurtre précédent d'après l'art. 304 du Code pénal? Mon frère, chargé comme avocat de la défense de la fille Pasman, présenta, dans toute sa force, cet argument qui prévalut à la cour d'assises d'Amsterdam, où elle ne fut condamnée qu'à une peine correctionnelle. L'arrêt fut cassé, et sur le renvoi, la cour d'assises de la Haye jugea comme celle d'Amsterdam; second pourvoi et seconde cassation avec renvoi à la cour d'assises de Bois-le-duc, qui n'appliqua également que la peine correctionnelle. Cette fille est encore aujourd'hui en vie. Cette cause est d'autant plus remarquable, qu'elle a été rappelée par Napoléon à Ste. Hélène, comme le mentionne Mr. le Comte de Las Cases dans le *mémorial de Ste. Hélène*, ainsi que Sir Walter Scott, *life of Napoleon.*

pugne à sa nature et à la règle générale du droit (1); c'est au pouvoir souverain à interpréter l'obscurité, à rectifier l'opposition existante entre deux dispositions, à suppléer à la lacune qui s'est manifestée; et sous l'Empire, il y était pourvu par voie règlémentaire (2); depuis la restauration et le retour à des principes plus constitutionnels, par une loi nouvelle soumise aux trois branches du pouvoir législatif, au Roi, à la chambre des pairs et à celle des députés (3).

Toutes ces sources du droit Français, que Mr. de Savigny a supposées et indiquées comme indépendantes de la législation positive et écrite, que par conséquent il a jugées indispensables pour connaître les dispositions législatives, et pour décider des droits et des obligations respectives des citoyens, ne sont donc qu'autant de sources de la jurisprudence; elles ne servent qu'à mieux faire pénétrer la volonté du législateur, et à régulariser l'application des lois, à ne pas faire admettre légèrement des obscurités, des contradictions, des lacunes dans la législation, lorsqu'effectivement ces défauts ne sont que dans l'inattention et la légèreté de celui qui porte un jugement sur la loi, dont il n'a pas suffisamment étudié l'esprit, la tendance et l'étendue; elles sont utiles pour faire connaître à chaque jurisconsulte qui veut étudier la loi, ce que d'autres auteurs recommandables par leur sagacité, leur application et leurs connaissances ont

(1) Que les juges ne peuvent prononcer par voie réglementaire. *Cod. civil*, art. 5.

(2) *Loi du* 16 *Septembre* 1807.

(3) *Loi du* . . . . 1828.

pensé avant lui, ce que des cours composées de magistrats intègres, savans, et rompus à l'expérience ont décidé, afin de comparer leurs idées, de rectifier les siennes d'après les raisonnemens des commentateurs et les considérans des arrêts qui pourraient amener la conviction, ou de les défendre contre des objections qui lui paraissent plus spécieuses que fondées: mais elles ne peuvent rien changer ni modifier au texte de la loi, lequel seul règle définitivement les droits et les obligations des sujets; lequel seul doit être le guide de la décision judiciaire; lequel seul doit être copié littéralement dans tout jugement qui statue une peine, et rappelé dans tout jugement civil (1). Dès lors, le nombre des commentateurs, le volume des arrêts recueillis, quelqu'immense qu'il puisse être, quelques contrariétés qu'il puisse offrir, peut devenir un inconvénient pour celui qui, en travaillant sur une matière, aspire à passer pour avoir lu et approfondi tout ce qui tient à cette matière (2), in-

(1) *Code de procédure civile*, art. 141; *Code d'instruction criminelle*, art. 163, 195, 369 et 592. Ces dispositions sont constitutionnelles dans le Royaume des Païs-Bas: *Loi Fondamentale*, art. 172 et 173. J'ai vu des jugemens et des arrêts motivés sur d'autres arrêts, sur des anciennes coutumes, sur des lois Romaines; si ce n'est dans des espèces qui remontent à l'ancienne législation, ou qui se rattachent à une cause déjà jugée, c'est une aberration et une erreur des juges qui ont confondu la jurisprudence avec la loi, mais qui ne prouve rien contre notre théorie.

(2) C'est assez l'usage en Allemagne de donner une nomenclature des ouvrages où le même sujet est traité; c'est ce qu'on y appelle *la littérature de la matière:* cet usage peut être avantageux pour compléter le travail et prévenir les plagiats littéraires, mais bien souvent ce n'est qu'une ostentation pédantesque.

convénient qui lui est commun avec tous ceux qui ont cette manie dans quelque branche que ce soit des connaissances humaines, après l'énorme multiplication des livres sur tous les objets, et leur circulation facile au moyen des progrès journaliers de l'art tipographique, et de la grande facilité des communications entre tous les païs civilisés; mais il n'en peut résulter aucun embarras dans l'état du droit, qui, indépendamment des travaux des jurisconsultes et des décisions des magistrats, demeure assis invariablement sur la base immuable de la loi écrite et positivement sanctionnée.

Nous croyons donc avoir suffisamment établi la nécessité, l'utilité et la possibilité d'une législation positive et écrite : il nous reste encore à examiner quelles sont les qualités désirables d'une pareille législation : et c'est ce que nous nous proposons de développer dans la suite de cette lettre.

Déjà nous avons dit un mot de la qualité la plus essentielle; c'est que la loi ne doit s'étendre qu'à ce qui est dépendant de la volonté du législateur. De même qu'il existe une différence notable entre la jurisprudence et la législation, de même aussi la loi n'a rien de commun avec un traité scientifique de droit. La loi doit être impérative, et soit qu'elle ordonne ou qu'elle défende, c'est la volonté du législateur qu'elle doit exprimer. La définition exacte des termes qui servent à exprimer cette volonté, n'entre pas dans ses attributions (1); cette définition est du domaine du grammairien et du

(1) „Omnis definitio in jure est periculosa, parum est enim ut „non subverti possit." *Javolenus in L.* 202 *D. de reg. juris.*

littérateur, si l'expression appartient au langage ordinaire; elle rentre dans les attributions du professeur, lorsque l'expression est technique; en tout cas, elle est étrangère à la loi, à moins qu'elle ne soit législative, c'est-à-dire qu'elle ne soit sacramentelle, et qu'elle n'ait pour objet de restreindre la signification du terme aux seuls objets qui réunissent exactement toutes les conditions posées par la loi. Ce n'est par conséquent que les termes, dont la valeur est fixée par le législateur, qu'il puisse définir, et alors c'est comme s'il disait que chaque mot de la définition est une condition nécessaire et indispensable, pour obtenir les effets que la loi a attribués à ce qu'elle a désigné par ce terme. Il en est de même des divisions et des distinctions; la loi ne peut les mentionner, qu'autant que cette mention devienne impérative, en excluant formellement tout ce qui ne rentre pas dans les conditions posées. Dès lors, il est un motif pressant pour ne pas insérer dans la loi quelque disposition oiseuse, et pour ne pas mêler la doctrine à la sanction; cette sanction appartient à un ordre d'idées plus relevé, et emporte de droit exclusion de tout ce qui présenterait la moindre différence: dans la doctrine, une définition peu exacte ou vague est une erreur qui peut causer des notions fausses, et par là une confusion dans les conséquences; dans la loi, une définition trop étroite exclud de la disposition des cas qu'on aurait désiré y comprendre; trop vague, elle étend cette disposition à des cas qu'on n'avait pas en vue; indéterminée, elle réduit à rien la disposition: c'est une faute dont les résultats sont des injustices et souvent des antinomies ou

des contrariétés, qui sont le défaut le plus à craindre dans une législation. Cette même règle doit s'appliquer aux distinctions et aux divisions, qui, si elles sont de l'essence de la science et facilitent l'enchainement des idées et l'enseignement, ne peuvent entrer dans la loi, où l'on doit éviter chaque mot qui ne tient pas directement à une sanction législative. Au moins ces doctrines devraient être tellement complètes qu'elles épuisent la matière, et qu'il ne puisse se rencontrer une espèce qui tombât en dehors de la distinction ou de la division établies, avant que d'en risquer l'insertion dans la loi même.

Quelque faciles que paraissent ces préceptes, et quelle que soit leur importance, tous les essais de législation faits jusqu'à ce jour, tous les codes écrits ont échoué sur cet écueil, ou du moins n'ont pu entièrement s'en garantir (1). La législation de Justinien est composée en grande partie des fragmens des anciens jurisconsultes, tronqués, il est vrai, mutilés et altérés par Tribonien, dans l'intention de les faire entrer dans un systême de loi écrite; mais malgré ses efforts, comme il avait trop respecté les termes et la forme de ces auteurs, il n'a pu empêcher la doctrine de se glisser dans sa loi, et même il est probable qu'il n'a pas eu le courage ou la faculté de suivre la principale idée d'une loi précise, ou que l'époque n'était pas venue d'exécuter un projet aussi hardi; qu'il s'est vu contraint par les circonstances à se borner à établir un corps de doctrine spécial dans

(1) Par exemple *Code civil de France*, *art.* 321, 310, 516, 544, 637, 1101 etc.

les Institutes, auxquelles il a néanmoins inséré des dispositions introductives d'un droit nouveau, et par conséquent véritablement législatives, qui les distinguent des Institutes, qu'avaient publiées ou pu publier des jurisconsultes dépourvus de l'autorité souveraine. En Prusse, où l'on n'avait pas en vue de former une loi positive, mais seulement une législation supplétoire et subsidiaire qui pût remplacer la doctrine, les lois Romaines et le droit commun de l'Allemagne dans les espèces non prévues par les lois provinciales, on ne pouvait guère s'abstenir de faire entrer la doctrine dans la loi. En Autriche, comme en France, on a senti les véritables devoirs du législateur; mais cependant il a été impossible de prévenir une aberration fondée, à ce qu'il paraît, sur les habitudes de science contractées par tous les jurisconsultes qui ont coopéré à la rédaction des codes; et des définitions oiseuses, des divisions et des distinctions s'y sont glissées, des exemples ont été donnés pour illustrer les principes, et n'ont pas manqué d'embarrasser l'application de la loi, et de faire naître la question, si quelques dispositions sont purement démonstratives ou limitatives.

Une législation positive et écrite doit être complète, et comprendre toutes les contingences possibles. Il ne convient pas de faire à tout moment des lois nouvelles, et une fabrique continuelle de dispositions législatives (le fléau principal et le reproche le plus fondé des codes écrits) ne peut manquer d'amener des inconséquences dans les principes comme dans leur application; tandis qu'une loi faite pour une espèce qui s'est présentée,

ne peut jamais servir à décider cette espèce, sans être entachée d'un autre vice capital, celui de rétroactivité. Il est impossible d'énumérer tous les cas individuels, bien moins de les décider d'avance; la variation des circonstances est infinie et trompe tous les calculs; lorsqu'on veut prévoir les individualités, le cercle qui les renferme semble reculer à mesure qu'on s'avance; et plus on a examiné de cas individuels, plus il s'en présente qui semblent naître de ceux mêmes qui ont été soumis à l'attention. Le seul moyen imaginable de faire une disposition applicable à un grand nombre de cas prévus ou non prévus, est de séparer par l'abstraction tout ce qui est commun aux individus qu'on veut classer, afin d'en constituer l'espèce, et de soumettre cette idée des espèces à la même opération de l'esprit, pour en former la notion du genre. Si cette notion est bien et dûment constituée, tout ce qui sera applicable au genre, le sera de même à toutes les espèces de ce genre et à tous les individus compris sous chaque espèce. Ce n'est qu'en remontant aux principes généraux, que le législateur pourra établir des dispositions applicables à tous les cas connus ou non, prévus ou imprévus, qui viennent se ranger dans la même catégorie, et se placer comme d'eux-mêmes sous ces dispositions; si des circonstances ou des considérations particulières militent pour placer quelqu'espèce dans une situation différente, le législateur devra indiquer cette exception, laquelle servira non seulement à prévenir l'application trop générale du principe, dont on redouterait les conséquences dans les cas jugés nécessaires d'exemter, mais encore à confir-

mer, à rendre plus précise et plus palpable la règle générale pour les cas non eximés (1). Il faut, mais c'est une qualité qu'on a droit d'exiger de celui qui accepte les fonctions délicates et importantes de législateur, beaucoup d'expérience, beaucoup de génie naturel, de connaissances et de tact acquis pour généraliser avec exactitude, et pour suivre assez sévèrement les conséquences des principes généraux dans l'application, afin de reconnaître les exceptions et les limites, qu'il convient de poser : mais ce n'est que par ce moyen qu'on peut espérer d'avoir une législation complète, autant que le permet l'imperfection de l'homme, et ce moyen, en repoussant toute application qui n'est point indispensable, joint à ce que nous venons de dire sur le danger des définitions, divisions ou distinctions établies par la loi, aura une autre conséquence non moins importante, de borner l'étendue de la législation à un volume bien compact. La comparaison du code de la Prusse avec celui de l'Autriche suffira pour rendre plus sensible ce que nous venons d'établir : nous en avons déja fait l'observation.

La rédaction d'une loi n'est souvent pas sa partie la moins essentielle : les mêmes principes peuvent et doivent la dicter. Le stile de la loi doit toujours être im-

(1) C'est en ce sens qu'il faut entendre un ancien principe de logique, qu'on allègue souvent comme un brocard de droit : *Exceptio probat regulam in casibus non exceptis.* Il faut qu'il y ait une disposition expresse, non seulement qui établisse l'exception, mais qui l'établisse comme telle, et exceptivement : Les *art.* 896, 897 et 898 du Code civil de France en fournissent des exemples. Les *art.* 366 et 367 du Code de commerce en contiennent un autre.

pératif; soit qu'elle ordonne ou qu'elle prohibe (1) elle ne doit laisser aucun doute. La définition même, lorsqu'elle est jugée indispensable, doit par son énonciation même prouver qu'elle est limitative et exclusive; elle devra être conçue en termes négatifs, ou du moins entendue comme telle; chaque mot en doit être une règle, et la moindre omission, la moindre différence entre l'objet qui se présente et les termes de la définition, doit sans aucune exception en détruire l'applicabilité: la définition doit être sacramentelle, la division ou la distinction limitative et non démonstrative. Le législateur doit donner tous ses soins à ce que les mots qu'il employe ne soient pas vagues et indéterminés, pour ne pas diminuer la précision de la loi, et à ce qu'ils soient toujours pris dans le même sens, afin que l'analogie des autres parties du Code ne vienne pas détruire l'effet d'une disposition, ou répandre un doute sur l'intention du législateur (2). La phrase doit être courte et rapide; toute

(1) » Legis virtus haec est, imperare, vetare." L. 7. D. *de Legibus.* Lorsque Modestin y ajoute *permittere*, c'est qu'à Rome la législation n'était pas stable, et que la loi qui abroge une loi prohibitive, ne laisse pas que d'être impérative relativement à la loi qu'elle remplace, quoiqu'elle ne soit au fond que permissive, ce qui ne peut être l'objet d'un code, d'une législation générale. Lors même que la permission peut, dans des cas douteux, faire partie de la loi, par exemple exceptivement, elle n'en doit pas moins être positive et en quelque façon impérative. V. un exemple, *Code civil de France,* Art. 477 et 478; Art. 1048; ou bien la permission peut être véritablement impérative lorsqu'elle est soumise à des conditions ou à des restrictions. V. *le Code civil de France*, Art. 800, 1387, 1388, 1389 et 1390.

(2) De pareilles fautes, qu'il est impossible de prévenir entiè-

longueur est fatigante et dangereuse; les cumulations d'expressions pour rendre la même idée sont une preuve que le rédacteur ne possède pas assez la langue qu'il emploie; elles prêtent à des obscurités, à des incertitudes qu'il faut prévenir; la phrase doit être soignée, et ne pas admettre d'équivoque ou de double entente. Il est vrai que toute langue n'est pas aussi exacte et précise, ni également propre à une bonne législation: parmi les langues anciennes, le Latin réunissait ces qualités qui le rendaient bien préférable au Grec malgré la richesse et l'élégance de cet idiôme; des langues vivantes en Europe, il n'y a guère que le Français ou l'Italien qui puissent être regardés comme propres à une bonne loi; mais toutes les autres langues devront et pourront être employées; seulement, celui qui s'est chargé de rédiger les lois, redoublera d'attention pour atteindre à la perfection, d'aussi près que le permettront les moyens qui sont à sa disposition.

Une législation qui se borne aux seuls principes généraux, et qui n'admet d'autres définitions, distinctions ou divisions que celles qui sont limitatives, qui repousse tout ce qui n'est pas nécessairement lié à des ordonnances ou des prohibitions, sera courte et compendieuse; ses résultats seront néanmoins étendus, et embrasseront la généralité de tous les cas existans; mais son application ne sera pas aussi facile que si elle descendait à des cas individuels, et que ces cas se rencontraient précisément. On exigera plus de connaissance et d'appli-

rement, ne se manifestent qu'à la longue et par l'expérience: c'est la jurisprudence et la contrariété des décisions judiciaires qui les signalent ordinairement.

cation dans les jurisconsultes et les magistrats, les fonctions du juge seront plus difficiles et plus intéressantes (1), et la jurisprudence aura plus d'influence. Il sera donc important de veiller à ce que la science du droit soit enseignée avec soin, afin de former des jurisconsultes qui aient les connaissances nécessaires pour classer les espèces sous les règles générales, et pour déduire les conséquences de ces règles, qui déterminent, dans chaque cas, quelle est la disposition de la loi; les ouvrages de droit, les commentaires sur la législation devront être plus fréquens, les recueils d'arrêts plus utiles, et la science du droit deviendra d'autant plus importante, qu'elle sera assise sur une base fixe. En attendant qu'une nouvelle législation soit suffisamment connue et élaborée par les travaux des commentateurs, et par l'expérience qui se manifeste dans les arrêts et les

(1) Mr. *Rehberg*, quoiqu'un savant distingué, s'est montré tellement imbu des principes (évidemment erronés) qui, en Allemagne, attribuent aux magistrats une influence spontanée sur les procédures, indépendante des plaideurs, que, choqué du principe contraire admis en France, d'après lequel les parties elles mêmes soumettent aux juges leurs contestations, et les magistrats n'ont d'autre faculté que de prononcer sur ces questions, telles que les intéressés les ont posées, qu'il compare le magistrat Français à un magot de la Chine qui se borne à un mouvement de tête affirmatif ou négatif. *Ueber das Code Napoleon*, *pag.* 289. Nous croyons au contraire, et c'est ce que nous avons développé ailleurs, que le juge Français est bien au dessus du magistrat Allemand, et que ses fonctions bien plus intéressantes sont en même tems compatibles avec les droits des individus, froissés en Allemagne, par cette spontanéité des magistrats de l'ordre judiciaire. *Esprit des Institutions Judiciaires*, *L.* 6. *ch.* 14, 16 *et* 17: *L.* 7. *ch.* 15 *et* 16, *L.* 8. *ch.* 2. 12 *et* 13.

décisions judiciaires, il faudra recourir au droit Romain, qui, indépendamment du mérite intrinsèque des principes et des maximes qu'il renferme, constamment suivies par la plupart des peuples civilisés, a l'avantage inappréciable d'avoir servi, pendant des siècles, de sujet aux travaux des commentateurs les plus laborieux, des glosateurs les plus minutieux, des jurisconsultes les plus expérimentés. Chaque expression, chaque mot, et presque chaque lettre en a été réduit en sistême et soigneusement recueilli; nul livre n'est aussi connu dans tous ses moindres détails, et aucune législation nouvelle ne peut, à moins d'une application suivie pendant plusieurs siècles, être comparable au droit Romain sous ce rapport (1).

Si l'expérience et la doctrine sont nécessaires pour bien appliquer la loi positive, elles serviront aussi à applanir les difficultés que cette loi pourrait présenter et les oppositions et antinomies qu'on croirait devoir admettre entre les dispositions, qui cependant seront rares lorsque le législateur a su remonter à des principes élevés et vrais, s'il en a déduit avec justesse les conséquences, et si la rédaction de la loi est convenable; elles feront en même tems appercevoir les défauts inséparables de l'imperfection humaine, elles mettront à nu les véritables contradictions qui peuvent se rencontrer

(1) Cette vérité n'a été reconnue qu'asez tard en France; c'est une des conséquences de l'esprit d'exagération et de l'enthousiasme outré de la Révolution: le défaut reconnu depuis a été reparé, mais les suites s'en font encore sentir et seront sensibles encore longtems.

dans l'ensemble de la loi, ou dans quelques conséquences des différens principes qu'elle doit admettre; les bévues que le législateur a pu commettre; les incohérences entre diverses dispositions (résultat presque certain des efforts pour satisfaire à des usages locaux ou à des principes précédemment admis, et pour terminer par une espèce de transaction (1) ce qu'on n'a osé ouvertement aborder); les lacunes qui peuvent être échappées à l'imprévoyance. Mais ces défauts une fois reconnus et bien constatés, il n'y aura d'autre moyen que de recourir au législateur lui-même pour faire disparaître ce qu'il y a de choquant, pour décider sur ce qui est inconciliable, pour suppléer au manque de disposition. Une loi nouvelle devra intervenir pour compléter et perfectionner le code positif et écrit, et quoique cette loi ne puisse agir sur l'espèce qui en aurait fait reconnaître la nécessité, sans rétroactivité, elle peut du moins servir de complément à la législation future.

Cette dernière ressource de subvenir aux défauts de la loi par un nouvel acte de législation, est, comme nous l'avons déjà observé, le fléau des législations modernes, et forme l'objection la plus fondée et la plus formidable contre la codification; objection d'autant plus importante, qu'elle n'est pas de pure spéculation, mais fondée sur l'expérience. Presque toutes les législations nouvelles sont encombrées et déparées par une foule de

(1) Telle est la transaction entre les principes du droit écrit et coutumier, relatifs à l'institution d'héritier, qui se trouve dans le Code civil de France, *art.* 1002, 1004, 1006 et 1008, et aux contrats de mariage, *art.* 1391.

lois qui se succèdent et s'abrogent mutuellement; et comme il est indispensable de les connaître toutes, qu'il est impossible d'entretenir une conséquence dans les principes, et des idées nettes et claires sur ce qui est abrogé, modifié ou continué, il en résulte une confusion plus grande souvent que celle qui précédait ces codes, à une époque où l'état du droit n'était pas, à la vérité, exactement déterminé par des lois positives, mais où, du moins, des usages établis depuis longtems avaient introduit une jurisprudence égale, connue et stable. Nous nous empressons de reconnaître la justesse de cette objection; mais qu'il nous soit permis de répondre que cet abus, quoiqu'il soit existant partout où de nouvelles législations ont été introduites, n'est ni une conséquence de la codification, ni un vice qui lui soit inhérent; que d'ailleurs on peut y remédier, et sinon le prévenir entièrement, du moins en borner l'influence vraiment funeste.

Que pendant la Révolution Française, pendant une période où rien n'était fixe et stable, où tous les principes ont été successivement attaqués, ébranlés et renversés, où chaque jour amenait des changemens dans la forme du gouvernement, dans les personnes qui exerçaient l'autorité, dans le sistême d'administration, les lois aient subi des altérations continues, et des variations dont toutes les époques précédentes réunies n'ont jamais présenté d'exemple, la conséquence était naturelle, et on aurait plutôt lieu de s'étonner de la stabilité d'une loi quelconque, que de la mobilité de la législation. Mais ce n'est pas seulement en France, que

les lois nouvelles se sont succédées avec une rapidité étonnante; les mêmes circonstances ont partout produit le même effet, et si la révolution a été plus directement propre à la France, elle s'est fait sentir au loin; toutes les relations polititiques, commerciales et sociales de l'Europe entière, celles même de l'Amérique et des colonies Européennes ont été altérées par les guerres, les conquêtes, les invasions, les traités et les changemens qui en ont été la suite, par les transmigrations, les bouleversemens, les restaurations mêmes qu'elle a amenés. Le monde civilisé entier s'est trouvé en mouvement par suite de cette révolution, de même que par les progrès étonnans des arts et de l'industrie pendant la même époque: les usages, les mœurs, les lois qui datent d'un demi-siècle, ne conviennent plus de nos jours, et le besoin du moment a été pour beaucoup dans ce qu'on considérera par la suite comme la manie de la législation, qui caractérise les dernières années. Après le rétablissement de l'ordre et de la tranquillité, après une paix profonde de plusieurs années, le mouvement s'est rallenti, mais il s'en faut de beaucoup que l'effet de cette révolution soit entièrement amorti; les progrès des arts et de l'industrie continuent toujours d'ouvrir de nouvelles carrières, et de former des combinaisons inconnues jusqu'ici; c'est donc plutôt à l'époque actuelle qu'il faut attribuer la quantité de lois nouvelles, qu'à la seule codification.

Ce qui prouve évidemment que la codification n'est ni la source, ni l'occasion, ni même le prétexte de la succession des lois, c'est que le même phénomène se

rencontre dans tous les païs, même dans ceux où jamais il n'a été question d'établir ou de sanctionner une législation positive et écrite. L'Angleterre elle-même, le païs éminemment coutumier, où ce n'est que depuis très peu de temps qu'on discute et commence à soupçonner la possibilité et l'utilité d'une législation positive, éprouve à cet égard les mêmes inconvéniens que la France et la Prusse, ou l'Autriche et la Bavière. Les plus savans auteurs Anglais portent, à l'égard de la multitude des nouveaux statuts, les mêmes plaintes qu'élèvent, en France et ailleurs sur le continent, les jurisconsultes contre la succession interminable des lois.

Il est cependant, n'en doutons pas, des moyens de diminuer ce fléau, et d'en réduire les conséquences nuisibles. Ces moyens sont à la disposition des gouvernemens eux-mêmes, et en les indiquant, nous ne pouvons qu'y joindre le vœu de les voir adoptés en tout ou en partie. Sans parler du repos et du calme intérieur et extérieur, qui certainement est en partie dépendant du gouvernement même, la confiance dans la législation une fois établie et adoptée, ainsi que dans les principes qui l'ont dictée, la publicité de ces principes et de tous nouveaux projets de loi, la faculté donnée à chaque individu et surtout aux principaux magistrats du Royaume, de signaler dans toute loi, même spéciale, des dispositions, des expressions, qui (sans que telle serait la volonté du législateur) pourraient directement ou indirectement influencer la législation générale, un corps constitué, soit une commission permanente de législation, soit un conseil d'état, dont le soin principal

devrait être de veiller à la rédaction des lois, et de prévenir qu'elles ne troublent l'ordre établi et l'harmonie des dispositions législatives, sont certainement des mesures qui peuvent en grande partie prévenir le mal. Il faut en effet avoir suivi avec attention l'application des lois, pour voir comment une disposition dans une loi financière ou autre, qui parait au premier coup d'œil être tout à fait étrangère à la législation (1), comment une expression mal choisie peut influencer l'interprétation qui se donne à la loi civile ou pénale, en attachant un autre sens aux mots dont le législateur s'était servi.

Mais le moyen le plus efficace pour faire ressortir toutes ces difficultés, et en même tems pour conserver l'unité de législation, lors même que des circonstances postérieures ou des défauts reconnus dans la législation nécessiteraient des dispositions nouvelles, (ce qu'un gouvernement, qui sait apprécier la valeur d'une législation fixe et permanente, et qui a été bien servi dans la rédaction d'un code général et uniforme, n'admettra pas facilement) est indiqué par l'expérience, et ce sont les premiers commentateurs du Droit Romain, les glosateurs, qui en suggèrent l'idée. Il est connu de tous ceux qui ont étudié ce Droit, que les premiers glosa-

(1) En France et dans les Païs-Bas, les lois financières, surtout celles relatives à l'enregistrement et au timbre, ont influencé l'acception et l'interprétation de plusieurs dispositions civiles et commerciales. L'art. 1037 du Code de procédure civile a été invoqué, lors de la grande question sur laquelle se sont divisées les cours d'appel et celle de cassation, au sujet de l'interprétation de l'art. 386 N°. 1 du Code pénal, quoique la disposition, sur le tems auquel il est permis de faire des significations et autres exploits d'huissier, paraisse bien étrangère à la définition du vol nocturne.

teurs, voyant que les dispositions du Code de Justinien étaient souvent abrogées, restreintes, étendues ou modifiées par des lois postérieures de ce même Empereur ou de ses successeurs, lois connues sous le nom de *Novelles*, et réunies dans des sections ou chapitres intitulés *authenticae collationes*, se sont avisés d'extraire ces Novelles, et d'insérer les extraits aux titres du Code et à la suite immédiate des dispositions abrogées ou modifiées, afin que celui qui consulte ce code, pût voir d'un seul et même coup d'œil, quelles sont les modifications introduites par des lois postérieures; ces extraits ainsi insérés dans le code sont connus sous le nom *d'authentiques*. Ce travail, qui, bien loin d'être complet, laisse encore beaucoup à désirer sous le rapport de l'exactitude de ces extraits, ainsi que du lieu où ils sont placés, est néanmoins d'une grande utilité pratique, et a trouvé des imitateurs dans les derniers tems après la rédaction des nouveaux codes. En Prusse, une ordonnance a statué que les nouvelles dispositions, modifications, interprétations et altérations décrétées depuis la publication du Code en 1794, y seraient insérées aux lieux où se trouvent les dispositions modifiées et changées, ce qui constitue de véritables authentiques (1). Le Code civil de France renferme également trois dispositions sanctionnées depuis la publication des lois qui composent ce code, et insérées après les articles qu'elles concernent (2).

Si toutes les lois nouvelles étaient insérées par ex-

(1) *Publications Patent vom* 11 *April* 1803.

(2) La première authentique se trouve après l'art. 151 du Code civil, et se compose des art. 152, 153, 154, 155, 156 et 157;

trait, après les articles du code qu'elles abrogent ou modifient, de même que les authentiques au code de Justinien; si l'insertion était déterminée en même tems que la loi est rendue, il en résulterait le double avantage; qu'en établissant la loi nouvelle, le législateur fixerait plus positivement ses idées sur les résultats qu'elle peut opérer à l'égard du code entier, ce qui seul servirait à prévenir un assez grand nombre de dispositions nouvelles, ou du moins ferait donner plus de soins à les mettre en harmonie avec la législation existante; et que celui qui veut connaître et étudier cette législation, pourrait se borner au code avec les authentiques, sans être obligé de feuilleter à tous momens des volumes de statuts, de bulletins, de journaux, de collections officielles qui s'aggrandissent tous les jours, et qui, avec un grand nombre de dispositions administratives ou spéciales sans intérêt pour le total de législation, contiennent de tems à autre quelques lois qu'il est indispensable de rapporter à divers points de la législation. C'est cette masse de novelles qui pullulent de tout coté, et qui, dans la plûpart des païs, menacent d'étouffer la législation systématique et écrite, qu'il convient de diminuer autant que possible, de réduire du moins à son expression la plus simple, et de classer avec le plus d'ordre, pour prévenir la confusion. C'est ce qu'on

---

la seconde après l'art. 529 du Code civil, et compose l'art. 530; ces deux authentiques ont été sanctionnées et insérées au Code par la loi du 30 Ventôse an 12 (21 Mars 1804). La troisième authentique, relative aux majorats, se trouve après l'art. 896 du Code civil, et a été sanctionnée par le Sénatus-consulte du 14 Août 1806.

pourrait obtenir au moyen des authentiques, si ce n'est dans la perfection, du moins au grand avantage de la législation comme de la doctrine, des plaideurs et des simples citoyens qui ne demandent qu'à connaître en gros leurs droits et leurs devoirs, ainsi que des jurisconsultes et des magistrats qui désirent les approfondir: c'est ainsi qu'on pourrait se passer des recueils volumineux qui bien souvent contiennent si peu de dispositions intéressantes pour le public, sur un tas d'arrêtés, de décrêts, de statuts, de lois de circonstance ou d'intérêt purement spécial ou local.

Nous avons passé en revue les principales qualités que nous croyons pouvoir exiger, pour que la codification soit véritablement utile, et contribue au bonheur de la nation. Il faut que le législateur ait posé des principes justes et équitables, et qu'embrassant dans l'étendue et la profondeur de ses vues l'objet entier de son travail, il ait fixé d'une manière certaine tous les principaux points, qui peuvent dépendre de ses dispositions; qu'il ait établi des règles générales et positives, fertiles en conséquences sur les droits et obligations respectives qui résultent de chaque fait, de chaque état, de chaque relation, ainsi que les exceptions, que des considérations particulières auront pu motiver dans certaines espèces; il ne doit pas chercher à compléter ces dispositions par des détails et des espèces ou des individualités, mais se borner, autant que faire se peut, aux généralités; écarter surtout ce qui n'appartient qu'à la doctrine, qu'il peut encourager, mais qu'il doit abandonner à l'école. La rédaction du code doit être ferme, positive et con-

cise, exclusive de toute cumulation de prétendus sinonimes, d'exemples, de définitions, de distinctions et de divisions; toute équivoque, toute expression douteuse ou même superflue, devrait en être bannie, et jamais le même terme employé dans des significations différentes, afin d'éviter les obscurités et les embarras dans l'interprétation. Enfin dans ce code devraient être insérées en forme d'authentiques les lois nouvelles jugées indispensables, immédiatement après les articles de la loi qu'elles abrogent, qu'elles confirment ou qu'elles modifient, par un extrait qui, autant que possible, devra conserver les expressions de cette loi nouvelle, que le législateur tâchera, autant qu'il pourra, de faire cadrer avec les dispositions et la rédaction du code. Et c'est en observant ces règles, qu'on pourra se flatter d'avoir une législation, sinon parfaite, du moins très bonne. A côté de cette législation viendra se placer une doctrine formée par de bonnes études, dans lesquelles, en attendant que le sistême de la loi nouvelle soit suffisamment connu et élaboré, le droit Romain ou tout autre que le tems et l'expérience auront formé en sistême (1), pourra servir de base; les ouvrages des meilleurs commentateurs qui ne manqueront pas d'expliquer les lois nouvelles et d'en rechercher l'esprit, soit par leur comparaison avec les anciennes lois et les coutumes abrogées, soit avec les préceptes de la sagesse et de l'équité naturelle, soit avec les motifs avoués par le législateur, soit par l'analogie et la comparaison des différentes dispositions du code; les dé-

(1) La lettre suivante indiquera le sens et le motif de cette proposition.

cisions et arrêts rendus par les principaux tribunaux ainsi que par les cours, les motifs de ces décisions; tous ces élémens mûris par le tems entoureront et faciliteront la connaissance parfaite de la législation et des défauts qu'elle peut offrir, que le législateur s'empressera de corriger, ou que la pratique couvrira par des fictions de droit qui feront l'application de quelque disposition à des cas rares et non décidés. Enfin, sous peu de tems, l'état de la législation pourra réunir tous les avantages d'une loi positive et écrite, connue et patente pour tout le monde, avec ce que les admirateurs les plus passionnés de la jurisprudence Romaine trouvent de plus beau dans les lois du Digeste.

Il ne nous reste plus à ce sujet qu'une seule observation, c'est que le même code de lois ne peut convenir à toutes les nations. Le climat, la religion, le nombre des habitans, la nature du terrain (1), ont et doivent avoir quelque influence sur la législation; bien plus encore doit-elle être en harmonie avec la forme du gouvernement, avec le degré de liberté dont jouissent les citoyens, ainsi que de la conscience et de l'habitude de cette liberté (2), de l'état du commerce et de l'industrie, des mœurs et des usages de la nation à laquelle le code est destiné. Il est des principes généraux qui peuvent et doivent être communs à toutes les lois, et devant lesquels toute considération doit fléchir; le législateur n'est pas

(1) C'est ce qu'a le premier indiqué et prouvé l'immortel *Montesquieu* dans son ouvrage inimitable *de l'Esprit des lois*, quoique peut-être cette influence y soit un peu exagérée.

(2) C'est ce qu'on peut appeler l'éducation politique de la nation.

tenu de suivre aveuglément tous les caprices de l'usage, d'adopter toutes les institutions qui n'ont en leur faveur qu'une date ancienne, et dont les abus sont moins sentis, parcequ'ils sont tolérés et qu'on s'en est fait une habitude; il ne doit pas redouter toute innovation, bien même qu'elle présente des difficultés, et qu'il faille souvent une lutte assez longue pour l'introduire; il doit avoir le courage et la persévérance indispensables pour toute amélioration; mais il ne doit pas perdre de vue que toute nouveauté n'est pas, par cela seul qu'elle est nouvelle, préférable à l'ancien état; que le changement lui-même est déjà un inconvénient et produit un malaise; que les usages et institutions anciennes tiennent souvent à des causes plus ou moins cachées qu'on ne déracine pas facilement; que des plaies cicatrisées depuis longtems, ne peuvent souvent être rouvertes qu'avec beaucoup de douleur et de danger : enfin, il devra joindre à ce courage et à cette persévérance une grande prudence, et plus il se pénétrera de la nécessité de ne pas faire plier les règles adoptées devant des considérations de pure convenance ou de caprice non motivé, plus aussi il sera lent à se décider pour l'adoption d'une règle nouvelle, plus il cherchera d'avance à en peser toutes les conséquences. Par dessus tout, un bon législateur devra, avant d'innover, poursuivre jusques dans ses dernières ramifications l'institution qu'il abroge, afin qu'il n'en reste aucune trace, et qu'il n'y ait point de motif ou de prétexte pour l'accrocher à quelque disposition législative; il examinera à fond toutes les conditions de ce qu'il substitue, afin que la nouvelle loi trouve partout les appuis nécessai-

res (1). Par tous ces moyens, il pourra réussir à fonder une législation convenable au païs auquel elle est destinée, sans confusion dans les principes ou dans leurs conséquences, sans transactions ou demi-mesures, lesquelles ordinairement ne satisfont entièrement les sectateurs ni de l'un ni de l'autre parti, et diminuent la valeur et l'estime du parti mitoyen qui aurait désiré se concilier la satisfaction générale.

C'est beaucoup exiger, nous ne l'ignorons pas, dans un législateur; mais comme nous regardons cette tâche comme la plus difficile et en même tems la plus glorieuse qui puisse être imposée, nous ne voudrions pas qu'on s'en mêlât trop facilement, ou qu'on la confiât à d'autres personnes qu'à celles dont la science, le talent, les vues supérieures, sont reconnues, et qui s'y vouent exclusivement: peut-être est-il nécessaire, indispensable même, pour conserver dans toute sa pureté les idées qui ont guidé la loi, qu'une seule personne en soit chargée du moins en chef, et sous sa responsabilité pour le tout (2), sauf à lui adjoindre ceux qu'il désirerait pour travailler sous lui et dans les parties qu'il indiquerait, et sauf la révision, tant publique par tous les tribunaux et tous ceux que leurs connaissances et leur bonne volonté appelerait à cette tâche, que particulière par une commission nommée *ad hoc*, et composée de personnes savantes, éclairées, et expérimentées.

Pour compléter cette législation, et en faciliter l'exa-

---

(1) J'ai développé mes idées à ce sujet, *Esprit des Institutions judiciaires*, *Introduction.*

(2) *Bentham, de la codification, Chap.* 7. *troisième condition.*

men comme l'introduction, il serait nécessaire que celui qui en est chargé, soit en même tems tenu de donner, dans un ouvrage suivi et sistématique, les raisons des principes qu'il a adoptés et des conséquences qu'il en a déduites: ce commentaire, qui ne sera que l'expression écrite et publique des idées qu'il a dû avoir, en admettant ou en rejetant tel principe, en l'appliquant de telle ou de telle manière, en employant telle ou telle expression, (commentaire qui ne peut être difficile, lorsqu'on ne fait pas au hazard des articles de loi, ainsi que cela s'est vu quelquefois), deviendra la justification du rédacteur: soit que ses idées soient adoptées ou rejetées, elles contribueront à la conviction de ceux qui, à défaut des mêmes vues, auraient pu différer d'opinion; à dissiper les obscurités qui pourraient demeurer aux yeux de ceux qui n'auraient pas assez pénétré l'esprit de la loi; à guider l'opinion de ceux qui désireraient quelque changement; enfin, après l'introduction du code, il servira de base à la doctrine et à l'application des lois.

Heureuse la nation qui réussirait à fonder une législation parfaitement adaptée à ses besoins, juste dans ses principes, conséquente dans ses résultats, et qui, donnant naissance à une doctrine saine et également bien combinée, aurait par là assuré son application conforme aux intentions du législateur! il ne lui faudrait de plus que les moyens d'assurer l'exécution stricte, générale, et uniforme des lois, et ces moyens peuvent être préscrits dans la législation elle-même; il ne lui faudrait que la certitude de la stabilité de son code, et l'assurance que, si le changement des circonstances amène la nécessité

d'une altération ou d'une modification, elle soit faite d'après les principes généraux du code, et qu'au moyen de l'insertion d'une authentique dans ce code, l'unité de législation soit conservée. La perfection n'est pas le partage de l'homme, mais on peut se proposer un modèle parfait; on peut s'en rapprocher de bien plus près que ne l'ont fait jusqu'ici les faibles essais de codification: il faut des précédens fixes, une jurisprudence immuable, un grand respect pour les lois, une confiance dans la législation; il faut de la publicité de la part du gouvernement qui se propose de faire cette législation, de l'esprit public de la part de la nation à laquelle elle est destinée; il faut du calme à l'intérieur comme à l'extérieur; il faut une force d'esprit de la part de l'administration qui s'élève au dessus de tous les préjugés, pour se flatter d'un meilleur succès. L'Angleterre réunit à un haut degré tous ces élémens; elle peut avoir une législation nouvelle, indépendante et conséquente en elle-même; il ne s'agit que d'utiliser ce qu'elle possède, et la lettre suivante sera destinée à vous soumettre mes idées sur les moyens de procurer à l'Angleterre l'avantage d'un code de lois écrites, positives et stables, basées sur la justice et l'équité naturelle, conformes aux besoins et aux usages de la nation, simples dans leurs principes et conséquentes dans leur application, qui porterait en soi-même les garanties de son exécution uniforme et de sa stabilité, avec le germe d'une doctrine saine pour en faciliter et en assurer l'application.

Quatrième Lettre.

J'arrive enfin au véritable but de notre correspondance, et après avoir éclairci les notions que je croyais nécessaires pour vous faire concevoir les bases de mon plan, après avoir réfuté les objections principales faites contre la possibilité et l'utilité de la codification en général, et, comme je me flatte, confondu l'autorité de Mr. de Savigny et de son école, par des raisonnemens et des faits péremtoires et incontestables, j'entrerai dans le développement de ce que je crois, non seulement possible, mais encore très exécutable, afin d'assurer à l'Angleterre un code de lois écrites et positives, qui puisse satisfaire à ses besoins, et d'asseoir cette législation sur des bases solides et suffisantes pour en garantir la bonté et l'applicabilité intrinsèques, l'utilité relative à la position de ce Royaume, comme aux relations sociales et commerciales de ses habitans, l'uniformité dans l'exécution et la stabilité à l'avenir. Je n'ai pas besoin de vous dire que je ne pourrai que tracer quelques grands traits d'un projet de codification pour l'Angleterre; les détails sont immenses, et si je me flatte d'avoir acquis quelques connaissances générales sur le sistême des lois et de la procédure Anglaises, je ne me dissimule pas mon ignorance, et je n'ai aucune prétention à connaître des détails, surtout lorsque je sais que l'étendue du droit Anglais est telle, que des hommes à talens, nourris des études né-

cessaires et s'occupant exclusivement de ce droit, passent leur vie entière à se perfectionner dans une seule de ses branches, et qu'on peut, à force de travail, d'application et de persévérance, parvenir à connaître ce qui concerne les tenures des immeubles, et à se faire valoir comme *conveyancer*, sans être pour cela plus apte à remplir les fonctions du barreau dans d'autres parties de la législation; que tel jurisconsulte qui, après de longues études et une grande expérience, arrive à une grande renommée dans la procédure selon la loi commune, serait bien embarrassé de diriger une procédure devant les cours d'équité; que tel juge, dont on respecte les décisions lorsqu'il siège d'un côté de la cour, devient l'objet des censures les plus amères, lorsqu'il se trouve appelé à rendre la justice de l'autre côté; que le chancelier actuel, Lord Lyndhurst, aux grandes qualités, aux lumières éclatantes, aux talens distingués duquel chacun se plait à rendre hommage, a, malgré l'étendue et la profondeur de ses connaissances, encouru le blâme de se trouver étranger aux usages et aux formes de la cour de la chancellerie, où il était appelé par la confiance de son souverain. Mais dans ce que je vais soumettre à vos considérations, j'observerai cette déférence à l'opinion générale, que mérite certainement une jurisprudence qui s'est fait respecter aussi aveuglément que celle de l'Angleterre.

Je commence par distinguer deux parties essentiellement différentes, celle qui concerne le fond du droit, et celle qui regarde la procédure et l'organisation des tribunaux, à laquelle appartiennent également les moyens nécessaires pour assurer l'exécution stricte et uniforme

de la législation, et pour en garantir la stabilité. Dans ces deux parties, il est important de concilier ce que nous avons dit sur la codification en général, avec les besoins spéciaux de l'Angleterre et les relations sociales de ses habitans. Si nous ne devons pas perdre de vue les principes généraux de droit et de justice naturelle, et la forme philosophique ou plutôt logique d'un code, en même tems il faut que la législation positive soit adaptée au païs auquel elle est destinée, et qu'elle ne s'écarte des usages reçus, qu'autant qu'il sera indispensable pour la conséquence des principes et de leurs résultats, pour la régularité et l'uniformité de la loi, ou pour d'autres motifs d'un poids égal.

Quant au fond du droit, avant de rien statuer pour l'avenir, il faut commencer par connaître ce qui existe, et à cet effet il convient de rechercher les moyens de parvenir à cette connaissance. Le droit actuel de l'Angleterre repose sur deux bases également solides, et très souvent indépendantes l'une de l'autre, la *loi commune* et la *loi statutaire*. La loi commune, qui mériterait plutôt le nom de coutume, n'est point écrite; elle se compose de plusieurs sources qui, par le tems, se sont confondues, et quoiqu'appartenant à des époques souvent très reculées et entièrement distinctes, ne forment plus qu'un seul tout compact dans ses parties. Des traditions, des usages, des idées qui peuvent devoir leur origine aux Bretons, aux Saxons, aux Danois, aux Normands (1) aux Angevins, aux Anglais, dans les pé-

(1) Il n'est pas sans exemple, même récemment et dans le dix-neuvième siècle, que le *Doomsday book* ou le recensement des ter-

riodes si variées de leur histoire, se sont réunies dans une seule masse, et ont produit un ensemble de coutumes qui peuvent suffire à décider de la plûpart des espèces qui se présentent, et qui doivent leur existence à des combinaisons nées sous les mêmes influences. La loi commune est un être de raison (1); ce n'est pas une législation écrite, ou qui soit susceptible d'être rédigée par écrit; elle n'existe nulle part et partout; elle réside dans tous les esprits, et se manifeste dans tous les usages qui portent une empreinte nationale conforme à la loi commune. Par une conséquence de cette idée, les juges, dépositaires en quelque façon de la conscience publique, proclament cette loi commune, l'appliquent par leurs décisions, dans lesquelles seules il faut en puiser la connaissance. Le juge est réputé infaillible; ce qu'il prononce est incontestablement conforme à la disposition de cette loi commune; et quoique le jugement ne constitue pas la loi, quoique jamais on n'ait attribué de pouvoir législatif aux magistrats, le jugement prouve l'existence de la disposition qu'il applique; il établit un précédent obligatoire pour les magistrats futurs, non en vertu de l'autorité de la personne ou du tribunal qui l'a prononcé, mais parceque pareil jugement n'aurait pas

res et des fiefs sous Guillaume le conquérant ait été allégué devant les tribunaux.

(1) Cette manière d'exister a donné lieu à des plaintes amères dans une brochure récemment publiée par *Jeremy Bentham* intitulée *Justice and codification petition*, London 1829. L'auteur vient de me faire l'honneur de m'en adresser un exemplaire, qui ne m'est parvenu que pendant l'impression du présent ouvrage, et dont par conséquent je n'ai guère pu tirer parti.

été rendu, si la loi ne l'avait ainsi ordonné; et, par cette fiction ou supposition, les jugemens ne font pas la loi commune, mais en prouvent l'existence et les dispositions.

C'est cette infaillibilité présumée du juge à l'égard de la coutume non-écrite; c'est cette autorité des précédens, qui seule a pu amener la possibilité de fixer la loi commune en corps de doctrine et en sistême. Chaque arrêt qui pose un principe, devient une règle pour l'avenir, et pour pouvoir décider sur une espèce quelconque, il faut recourir aux précédens, examiner surtout s'ils sont parfaitement analogues, ou s'il n'existe pas quelque différence, laquelle, bien que souvent légère, peut fournir au juge un motif de s'éloigner du précédent, ou même un prétexte de l'écarter entièrement, soit pour appliquer un principe établi par quelque autre précédent, soit pour introduire un principe nouveau, lequel à son tour puisse devenir un précédent pour la suite. Nous ne nous occupons pas encore de l'avantage de cette loi commune, et du parti qu'on peut en tirer pour la codification; il suffit, pour le moment, d'observer que la grande habitude d'examiner et d'appliquer les précédens, à l'égard de chaque question, a produit deux effets très avantageux pour la codification future; le premier, d'avoir exercé les jurisconsultes Anglais à la distinction et l'explication nette des faits et des considérations dans chaque espèce qui se présente devant les tribunaux, talent dans lequel ils peuvent marcher de pair et rivalisent dignement avec les meilleurs des anciens jurisconsultes Romains; le second, que

les recueils des jugemens Anglais (*reports*) sont bien plus exacts, mieux conçus, plus publics, et plus judicieux, que tous ceux de même nature qu'on connaît sur le continent.

Ce moyen et cette formation vous est aussi bien et mieux connue qu'à moi; mais j'ai cru devoir la développer avec un peu plus d'étendue, parceque, si notre correspondance est destinée principalement à l'Angleterre, ce n'est pas exclusivement aux Anglais que je m'adresse, et que le véritable état de la législation et du droit en Angleterre n'est ni assez généralement connu, ni bien apprécié à l'étranger; il en résulte que cette loi commune, qui ne se manifeste que par des arrêts individuels, rendus sur des espèces véritablement existantes, qui ont donné lieu à des débats judiciaires, et par les principes qu'ont posés ou reconnus les juges et les tribunaux à l'occasion de ces débats, en formant et prononçant leur opinions individuelle ou leur décision collective; que cette loi, qu'on ne peut étudier que sur des recueils d'arrêts isolés dans leur principe, et qui ne sont réunis que par la jurisprudence et la doctrine, a pu être rédigée en sistême suivi. Des jurisconsultes doués d'une grande pénétration, et mûris par une longue expérience, ont extrait de ces arrêts individuels et épars les principes communs, en ont dérivé des règles certaines et constantes, et établi la théorie générale du droit, ou spéciale de quelque branche, avec autant de précision que ne l'ont pu faire ceux qui travaillaient sur des lois ou des coutumes écrites: la seule différence est, que pour parvenir jusque là, il a fallu plus d'application et

de sagacité, et un attachement plus inviolable aux principes dans les jurisconsultes Anglais que chez ceux du continent, et c'est ce qui doit être reconnu, dès qu'on compare les écrits sur le droit Anglais avec ceux des autres nations. Tel est même le respect qu'imprime en Angleterre toute maxime reconnue de la loi commune, quoique dépourvue de santion expresse, et quoiqu'il soit même impossible d'en présenter le texte de quelque manière authentique et certaine, bien moins d'en fixer l'étendue ou l'application à des espèces nouvelles qui ne se seraient jamais rencontrées, qui n'auraient pas de précédent, et laisseraient par conséquent aux juges la faculté pleine et entière de suivre leurs propres idées; tel est, disons-nous, ce respect, que les jurisconsultes chercheraient une fiction de droit, c'est-à-dire une supposition d'un fait faux, et non existant, pour éviter l'application de cette maxime, plutôt que de la heurter ou d'essayer de la faire changer; reconnaissant ainsi de fait une immuabilité et une stabilité des lois, dont on ne trouve d'exemple qu'en remontant au culte presque religieux des anciens Romains pour le texte de la loi des douze tables.

Ce développement successif de la loi commune présente encore d'autres avantages, celui surtout de ne laisser aucune lacune et aucune contrariété aux usages et aux mœurs du païs. La loi commune est complète, telle est la supposition du droit Anglais; s'il est des questions, des espèces sur lesquelles elle ne prononce rien, c'est que de pareilles questions ou espèces ne se sont jamais présentées dans un débat judiciaire, et dès

lors il est inutile de s'en occuper; mais du moment qu'il sera nécessaire de statuer sur ces cas absolument nouveaux, le juge prononcera un jugement quelconque, lequel manifestera la loi commune préexistante, qui jusqu'alors avait été couverte d'un voile profond et cachée aux yeux du public, par cette seule raison que la nécessité de sa manifestation ne s'était pas présentée, mais qui n'en existait pas moins dans la conscience intime de la nation, réprésentée par les juges, principaux dépositaires de cette conscience. La loi commune, qui existe au fond des cœurs, est applicable à toute espèce qui se présente, parcequ'elle n'est que le résultat des besoins, des usages, des mœurs de la nation à telle époque: elle est d'autant plus applicable à des espèces nouvelles, qu'il est impossible qu'une espèce nouvelle puisse exister sans un progrès en bien ou en mal des usages et des habitudes, des besoins et des ressources de la nation ou des individus qui la composent; et ce changement, ce progrès quel qu'il puisse être, en amène un dans la loi commune, résultat de ces mœurs, de ces usages, de ces ressources, de ces besoins; les juges n'ont, pour décider d'une cause entièrement sans exemple, pour manifester un principe nouveau de la loi commune, pour en étendre les dispositions, qu'à suivre la même impulsion que la société qui a créé l'espèce nouvelle; l'existence d'un cas nouveau, qui prouve la nécessité d'étendre la loi, en amène pour ainsi dire d'elle-même la décision, c'est-à-dire la loi devenue nécessaire. Cette loi commune étant l'expression des usages et des mœurs de la nation, ne peut jamais se

trouver en opposition avec ces usages; elle s'identifie avec la nation, croît et s'aggrandit ou décroît et se rétrécit avec elle, marche avec le siècle dont elle est inséparable, et cela sans qu'il soit besoin de lui donner une impulsion quelconque.

A coté de la loi commune, s'élève en Angleterre la masse énorme et indigeste de la loi statutaire, c'est-à-dire des lois expresses sanctionnées par le gouvernement, après avoir passé aux deux chambres du Parlement. Dans le principe, la collection de toutes les lois émanées pendant la session du Parlement ne formait qu'un seul statut, composé d'autant de chapitres qu'il y avait de lois distinctes, dans lequel statut par conséquent se trouvaient rassemblées pêle-mêle toutes les lois d'intérêt privé, local ou spécial, avec les lois générales; les lois d'occasion, de circonstances ou temporaires, avec celles qui étaient destinées à une action permanente; les dispositions qui concernent les finances et l'administration avec celles qui se rapportent à la législation civile, commerciale et pénale, sans autre rapport ou liaison que celle d'avoir été sanctionnées ou promulguées vers la même époque, et pendant la même session du Parlement. Avec le tems, on a mis un peu plus d'ordre dans ces statuts, mais néanmoins ce n'est qu'un ordre chronologique, et le même statut continue de réunir les dispositions les plus disparates, entre lesquelles il est impossible d'appercevoir la moindre liaison. La masse déjà énorme de ces statuts s'augmente annuellement, au point que déjà les membres les plus éclairés du Ministère Anglais ont senti le nécessité de réformer, de

réunir et de simplifier ces statuts, que l'attention la plus suivie et la mémoire la plus heureuse ne peuvent plus embrasser ; et Mr. le sécrétaire d'État Peel a lui-même introduit des bills tendant à réunir dans une seule loi les dispositions qui se rapportent à un seul objet, et qui se trouvaient éparses dans quelques centaines de statuts, afin que ce bill de réunion une fois adopté, tous les statuts antérieurs relatifs au même objet puissent être abrogés et rapportés sans aucune difficulté, et même sans amener aucun changement dans la législation qui en est le résultat (1).

Ce défaut de la loi statutaire en Angleterre, est encore augmenté par un vice radical qui infecte la rédaction des lois Anglaises, ainsi que le stile des actes judiciaires, des formules des actes de procédure et authentiques, et qui est d'une conséquence funeste pour la législation. Soit que ce défaut tienne à l'histoire de la langue Anglaise, qui s'est formée successivement de la réunion des idiomes des nations qui ont habité ou conquis l'Angleterre, de l'ancienne langue Bretonne Gallique, encore longtems conservée dans les montagnes du pays de Galles et de la Cornouaille, du Celte, de l'Erse que parlaient les autres habitans de la Grande Bretagne

(1) Quelque utiles que soient ces améliorations, et quelle que soit la reconnaissance que le peuple Anglais doive à cet égard à Mr. Peel, il faut cependant observer que jusqu'ici son travail s'est borné à quelques objets de la législation pénale, et de l'instruction criminelle. Il est à espérer qu'il ne limitera pas à ces seuls objets, quoique d'une conséquence majeure, une mesure aussi importante et aussi utile, et que son exemple ne sera pas perdu pour tous ceux qui sont dans le cas de le suivre.

et des îles adjacentes; du Saxon et du Frison importé par les Angles et les Frisons qui, sous Hengist, Horsa et leurs successeurs, fondèrent l'heptarchie; du Danois des Canut et des Harold; du Normand de Guillaume le conquérant et ses chevaliers, et du Français des Angevins et des Rois de la famille des Plantagenet; soit que l'ancien usage d'abord du Latin et ensuite du Normand dans les tribunaux et les assemblées législatives, et la proscription de l'Anglais dans les pièces publiques, en soient le motif, soit enfin toute autre cause, les rédacteurs des lois Anglaises et les praticiens n'ont pas cherché à remonter à des idées nettes et précises, et au lieu d'exprimer par un seul terme le genre, ils se sont appliqués à énumérer les espèces qui se trouvaient comprises sous ce genre : la crainte d'omettre des espèces, auxquelles le respect porté à la loi pourrait la rendre inapplicable, a fait multiplier les expressions sinonimes ou approchantes, qui, par la répétition des mots sans rien ajouter aux idées, allongent la loi ou l'acte et en rendent la lecture aussi tédieuse que fatigante, tandis qu'une légère erreur, une omission pardonnable, autorise des raisonnemens ou des exceptions, qui jamais n'ont été dans l'idée du législateur. Il y a plus d'un siècle qu'un auteur aussi spirituel que savant (1) s'est moqué de cette cumulation de mots insignifians, de cette répétition de sinonimes, au lieu d'une seule expression ferme et précise, qui rend presqu'impossible la lecture des lois comme des actes conçus

(1) *Sterne*, qui, dans son *Tristram Shandy*, a fait la parodie des notaires Anglais dans le contrat de mariage des parens du héros de ce roman spirituel.

dans le stile usité en Angleterre; l'usage ancien a prévalu sur toutes les raisons, sur toutes les conséquences nuisibles qui résultent journellement de cette rédaction, comme sur les sarcasmes les plus ingénieux. Le vice de rédaction subsiste toujours et nuit à l'effet des lois.

Nous avons déjà indiqué, dans la lettre précédente, quelques motifs pour lesquels il ne faut pas qu'un législateur cherche des innovations, sans qu'il y ait des raisons suffisantes et prépondérantes pour s'écarter de ce qu'il trouve établi, et pourquoi, la nécessité des innovations une fois reconnue, il ne doit se les permettre qu'après avoir pris connaissance exacte du terrain sur lequel il veut travailler, des différentes ramifications et conséquences des lois ou des dispositions qu'il veut supprimer, et des institutions avec lesquelles elles sont en rapport plus ou moins immédiat, afin de ne pas laisser subsister une partie de la loi qu'il veut abroger, et de ne pas donner lui-même lieu à la réintroduction tacite et contre l'esprit de la loi nouvelle, de la disposition supprimée qui se trouverait être le corollaire et le complément indispensable d'une institution ou d'une autre disposition conservée. Cette considération est doublement importante à l'égard des lois Anglaises, et surtout à l'égard de la partie connue sous le nom de loi commune, qui est liée avec les usages, les mœurs, et les besoins de la nation, qui n'est que l'expression de ces usages confirmée par l'habitude des siècles, et qui n'existe pas seulement dans les tribunaux et les décisions judiciaires par lesquelles elle est manifestée, mais dans la conscience de chaque Anglais, dans tous les actes de sa vie journalière, dans toutes les transactions de sa vie pu-

blique et privée, dans toutes ses relations civiles et sociales, dans toute sa manière d'être; qui l'accompagne dans sa maison comme en public, à la bourse et en ville, qui s'est identifiée avec toute son existence. Des principes, qui ont passé des lois dans les mœurs ou des mœurs dans la loi, ne s'attaquent pas impunément, ne s'ébranlent pas sans danger, ne se changent pas sans une révolution dans la société entière: celui qui veut établir une législation stable, qui veut travailler à ériger un monument durable et utile ne s'expose pas facilement à pareille épreuve, lors même qu'il aurait à sa disposition les moyens de l'exécuter.

Il y a plus: les principes des lois Anglaises, particulièrement sur la propriété immobilière, reposent sur des bases que le tems a rendues absolument fausses, c'est le sistême de la féodalité poussé à son plus haut degré, quoique mêlé avec quelques coutumes anciennes (1) qui, en Angleterre, paraissent remonter à une époque encore plus reculée que l'introduction ou la généralisation du sistême féodal. Bien certainement, cette législation ne convient plus à l'époque actuelle, après que la féodalité, avec tous ses nombreux inconvéniens et le petit nombre d'avantages qu'elle peut offrir, a disparu de l'Europe entière et de l'Angleterre même: aussi, les lois sur la féodalité ont-elles été sensiblement altérées, non directement et par abrogation de ce qui existait jadis, mais imperceptiblement par des fictions de droit et des suppositions qu'on reconnait fausses, mais dont le résultat

(1) Telle est la coutume des tenures en *gavelkind*.

est d'amener des conséquences opposées aux dispositions anciennes, en ménageant toutefois les formes et les principes (1). Les propriétés immobilières en Angleterre, quoique régies par des lois différentes de celles du reste de l'Europe, sont également éloignées d'un assujétissement aux lois du treizième ou quatorzième siècle, quoique l'autorité des plus anciens auteurs qui ont écrit sur les tenures, et les coutumes qu'ils certifient, soient encore alléguées aujourd'hui; mais ce changement s'est opéré sans porter la moindre atteinte aux anciennes idées, aux formes et aux principes anciennement reçus; on a seulement imaginé des biais pour éviter les conséquences des lois, et pour en déduire des résultats conformes aux besoins de l'état actuel de la société. Il en est résulté un état de choses, embarrassé de formes et de subtilités, qui, devenues entièrement vaines et généralement reconnues vides de sens, occasionnent des longueurs et des frais énormes, et donnent naissance à des chicanes, à des questions extrêmement subtiles, à des procès difficiles et compliqués, au point que cette branche du droit Anglais est considérée entièrement distincte du reste de la législation, et qu'il faut des études approfondies et l'application entière de la vie d'un homme, pour former un *conveyancer* qui connaisse à fond la législation sur les immeubles. Et cependant cette partie du droit est d'autant plus importante, les innovations qu'on pourrait croire indispensables et qui le sont en effet, d'autant plus difficiles, une expérience hazardée d'autant plus

(1) Tel est ce qu'on entend par le système des *fines and recoveries*.

dangereuse, que la constitution politique de l'Angleterre repose en grande partie sur l'aristocratie territoriale, laquelle à son tour est intimément liée à la législation sur les immeubles, et même aux institutions et aux principes de cette législation.

Nous ne nous dissimulons pas cette difficulté, et nous en embrassons toute l'étendue, mais c'est avec la conviction la plus intime que nous ne la regardons pas comme insoluble, et le moyen nous en parait facile à indiquer, quoique l'exécution n'en soit pas aussi aisée. Il est nécessaire, indispensable même, avant de songer à faire une législation suivie, un code de lois propres à l'Angleterre, de bien connaître l'état du droit, tant sous le rapport de la loi commune que de la loi statutaire; et un exemple connu, depuis longtems admiré, peut servir de guide à cette opération, que cependant nous ne regardons que comme préparatoire. Il faudrait dépouiller la loi *commune* et *statutaire* de l'Angleterre, comme Justinien le fit à l'égard de la jurisprudence et du droit écrit de Rome: il faudrait, en suivant un ordre méthodique, pour lequel on consulterait un des ouvrages de droit, qui serait regardé comme élémentaire et présenterait le sistême le plus conséquent, classer les dispositions de la loi commune, les précédens connus, les principes que la jurisprudence a déduits de ces arrêts, les questions principales sur lesquelles il existe des controverses sous les rubriques de chaque objet, et soumettre à une opération pareille la loi statutaire. Ces deux recueils semblables au Digeste et au code du droit Romain offriraient un tableau vivant

et exact de l'état actuel du droit Anglais, de toutes ses dispositions positives et non contestées, des points de controverse indécis. Déjà ce recueil seul ferait entrevoir des antinomies, des lacunes, des superfluités; il mettrait à nu beaucoup de fictions, dont probablement l'obscurilté fait tout le mérité; il exposerait au grand jour le but et l'objet de ces formalités minutieuses, longues et dispendieuses, dont l'utilité cesse du moment qu'on peut se convaincre qu'elles ne servent qu'à éluder quelque disposition ancienne, devenue oiseuse et illusoire par le changement des circonstances. Cet exposé ferait reconnaître les véritables principes qui guident la disposition actuelle, et les ferait distinguer de ceux qui n'existent que de nom, et qui ne sont plus qu'un hommage rendu à l'antiquité. Et alors, n'en doutons pas un seul instant, les lois Anglaises, celles mêmes sur la propriété des immeubles et leur aliénation, présenteront un sistême basé sur des principes généraux, aussi faciles à saisir que chez toute autre nation; et lors que ce sistême demeurerait plus compliqué, en apparence peut-être plus bizarre qu'ailleurs, du moins cessera-t-il d'être un épouvantail capable de dégoûter l'homme le plus patient, le plus laborieux et le plus studieux.

Il n'est aucune législation existante, qui ne repose sur les bases immuables du droit naturel; il n'en est, il n'en peut être aucune qui ne rende hommage à des principes d'équité et de justice qu'il est impossible de méconnaître (1); la foi due à la parole donnée et aux

(1) Je parle toujours de ces règles que chaque homme de bonne

engagemens contractés, les droits du propriétaire sur ses biens, du père sur ses enfans, de l'enfant sur ses parens, des époux entr'eux, bien qu'on puisse différer sur leur étendue et les diverses modifications dont ils peuvent être susceptibles sont reconnus dans toutes les societés, et par les lois de tous les tems et de tous les païs.

Toute législation, par cela même qu'elle existe, est conséquente; si les principes étaient appliqués à tout hazard, il n'y aurait rien de stable dans la société: l'existence de cette société prouve, que des principes sont suivis avec un certain dégré de conséquence, et plus la civilisation d'une société est avancée, plus elle prouve que la doctrine de la jurisprudence existe, que les lois et leur application se font d'une manière reglée, et qu'elles dérivent des principes généraux une fois adoptés: sans cela il n'y aurait que confusion, et la société renverserait sa propre existence. Il est vrai que des causes accidentelles, des circonstances particulières, des motifs dont on peut avoir perdu les traces introduisent quelquefois des lois, des coutumes, des dispositions, qui sont ou du moins qui paraissent bizarres, et en contradiction manifeste soit avec les principes de l'équité naturelle, soit avec d'autres parties de la législation; que ces bigarrures font quelquefois soupçonner de l'arbitraire dans les principes et de l'inconséquence

---

foi, doué de son bon sens, et non égaré par des passions, des habitudes, ou des préjugés, trouve gravées au fond de son cœur, et non d'un sistême douteux et abstrait de métaphysique, de morale ou de droit naturel.

dans leur application; mais souvent ces dispositions appartiennent à des circonstances locales ou temporaires, qu'on peut méconnaître, sur lesquelles on peut s'abuser, et qui ont pu cesser d'exister même dans la mémoire, et dont par conséquent on a perdu le fil; d'autres fois elles sont exceptives, et presque toujours en petit nombre: on peut facilement les saisir, quand ce ne serait même que par cela seul, qu'elles sortent de la règle générale, et elles sont reconnues et parfaitement caractérisées par cette dénomination de dispositions *exorbitantes du droit commun;* on en rencontre partout, comme on en rencontre dans toute branche des connaissances humaines (les seules sciences mathématiques exceptées), à raison de l'imperfection de l'homme.

La législation Anglaise qui régit un peuple chez lequel la civilisation est aussi avancée, qui a fait l'objet du travail de tant d'hommes éclairés et distingués par leurs connaissances et la profondeur de leurs idées, qui s'est établie par des décisions émanées de tribunaux, où siégeaient les hommes les plus éminemment savans et formés par une expérience sans égale en aucun autre païs, et rendues sur une infinité d'espèces produites par les relations de famille, de propriété, d'industrie et de commerce d'une nation grande, riche et productive, dans le païs presque classique de l'industrie manufacturière, du commerce, de la navigation et des grandes spéculatious de finances, est nécessairement basée sur des principes certains et conformes à la justice et l'équité naturelle; elle est nécessairement conséquente. Il se peut que des dispositions, en apparence bizarres et inexplica-

cables, se trouvent là comme partout ailleurs; il se peut que dans l'application des principes il se trouve des erreurs et des variations; mais un principe essentiellement faux ou injuste se serait manifesté trop évidemment dans la grande multitude des affaires, pour ne pas être remédié par une loi expresse, ou pallié par une fiction de droit; une inconséquence aurait entraîné des suites trop nuisibles, pour ne pas avoir été réparée, et d'avance on peut être sûr que le droit Anglais forme un sistême complet et conséquent en soi, peut-être même (du moins c'est ce qu'on peut attendre du respect aveugle pour les lois et les principes une fois admis, des fictions de droit mêmes qui sont le résultat de ce respect, et de la grande subtilité dans les distinctions, que ces fictions nécessitent et supposent) beaucoup plus complet et plus conséquent qu'on ne le rencontrerait dans aucun païs du continent. En général même, sous ce rapport, l'état de la législation Anglaise présente beaucoup d'analogie avec celui de la législation Romaine avant Justinien, dans laquelle la stricte adhésion aux lois et aux principes posés avait également fait admettre des fictions de loi, qui conciliaient les besoins nouveaux d'une époque et d'une civilisation plus avancée, avec la rigueur des dispositions anciennes: et changeaient ainsi l'état du droit, sans heurter ces anciens principes: la différence même qu'on pourrait supposer d'après ce que les Romains avaient pour base des lois écrites, comme celle des douze tables et l'Édit perpétuel, diminuera de beaucoup, lorsqu'on voit combien d'intermédiaires entre ces lois et l'état de la jurisprudence

sous les Empereurs étaient regardés comme de véritables sources du droit (1).

Le dépouillement de la loi *commune* et *statutaire* de l'Angleterre, le Digeste et le Code Anglais feraient donc connaître les dispositions de cette législation, et celui qui est appelé à la rédaction de la loi nouvelle, s'il est doué de la pénétration et de la sagacité nécessaires pour une entreprise aussi importante et aussi vaste, si l'application et l'expérience lui ont donné le coup-d'œil assez sûr et ferme pour embrasser toute l'étendue de ce droit, sera à même d'indiquer et de discerner les principes de la législation. Il suivra ces principes dans leurs conséquences, et il ne manquera pas de reconnaître quelles sont les exceptions à la règle générale, ainsi que les principes secondaires qui ont motivé ces exceptions (2). Il appercevra les fictions de droit qu'on a

(1) En suivant la comparaison du droit Romain, à l'époque où Justinien introduisit sa législation, avec le droit Anglais, il ne faut pas perdre de vue que les ouvrages des jurisconsultes qui ont mérité d'entrer dans la composition du Digeste, sont bien antérieurs à ce tems: *Hermogénien*, *Arcadius Charisius* et *Julius Aquila*, qu'on croit les plus modernes sont, au plus du troisième siècle. Trois siècles avant Justinien on alléguait encore le texte des douze tables et de l'Édit perpétuel: cependant dès lors les auteurs travaillaient sur les ouvrages de leurs prédécesseurs: *Paul* avait extrait les *Digestes* d'*Alfenus*, *Tryphonin* avait fait des notes sur les *Digestes* de *Scévole:* ce qui rappelle les commentaires de *Coke* sur *Littleton* et autres ouvrages de même nature sur le droit Anglais.

(2) Je viens d'indiquer pourquoi et comment toute législation existante pendant quelque tems dans un païs civilisé, prouve que cette législation repose sur des principes de convenance et d'utilité suivis avec conséquence: les exceptions aux règles générales ne peuvent pas plus être l'effet du caprice, ou du pur hazard:

introduites pour concilier aux besoins de l'époque actuelle, des lois faites, ou des principes adoptés sous d'autres circonstances, et il distinguera comment les principes pourraient être modifiés pour parvenir au même but, sans recourir à des fictions qui ne sont que des expédiens dont on a dû se servir pour éluder la loi; il trouvera facilement le moyen de modifier le principe de manière à satisfaire au besoin que l'expérience a fait reconnaître. Ces travaux préparatoires amèneront déjà cet avantage de simplifier les lois et leur application, ils enseigneront au législateur les principes consacrés par la coutume et conformes aux habitudes de la nation Anglaise, dont il devra s'emparer, afin que la loi nouvelle remplisse l'objet entier qu'on s'est proposé, et qu'elle ne rencontre pas trop d'obstacles à son introduction. Mais il ne sera pas lié irrévocablement par ces règles; il ne sera pas astreint exclusivement à suivre ce qui existe; au contraire, il aura la faculté et l'obligation de corriger et d'amender ce qui se trouverait erroné, d'adoucir ce qui serait trop rigoureux, de renforcer ce qui semblerait trop mou ou trop vague, de décider ce qui serait incertain, de suppléer

---

comme le sentiment du juste et de l'injuste, la nécessité des circonstances, les besoins publics et particuliers, ont fait adopter les principes généraux et les dispositions qui en découlent; de même aussi les exceptions à l'application de ces principes dérivent de pareils motifs, et prouvent l'existence d'un second principe, moins universel peut être, mais suffisant pour modifier les conséquences trop uniformes du principe général. Le talent est de remonter à ces principes, de les classer méthodiquement, et d'en reconnaître l'influence, ainsi que les bornes de cette influence.

à ce qui serait défectueux, enfin de modifier l'ensemble de manière qu'en conservant, autant qu'on le peut sans inconvénient, des usages et de la législation existante, le code nouveau forme un système complet un peu différent de l'état actuel, mais dans lequel celui-ci se retrouve amélioré.

Toute législation existante doit être connue de celui qui veut rédiger une loi nouvelle; le désir d'innover ne doit pas le porter à détruire ce qui est ancien par le seul motif de son antiquité, de même qu'il ne doit pas préférer aveuglément les anciens usages: toute altération doit être motivée; toute conservation doit l'être de même, quoique dans le doute il y ait plus de raisons pour laisser les choses dans l'état où on les trouve, quand ce ne serait que par cette seule considération que tout changement dans le droit est un malheur, et cause des injustices, qu'on ne peut entièrement prévenir. Plus que toute autre législation Européenne, celle de l'Angleterre mérite des égards particuliers, et elle doit être conservée, autant que faire se peut sans nuire à la totalité et à la conséquence intrinsèque du code nouveau, parceque dans nul païs le droit n'est aussi intimément lié aux relations publiques et particulières de chaque citoyen, aux mœurs, aux coutumes, aux usages et jusqu'au gouvernement et à l'administration de la société. Il faudra donc qu'une législation nouvelle, pour répondre au vœu de celui qui n'a en vue que le bonheur général de la société, s'écarte le moins possible de l'état actuel des lois; que chaque différence qu'on se voit obligé d'admettre soit non seulement bien motivée, mais

encore que les motifs soient suffisamment énoncés et expliqués pour être mis à la portée d'un chacun, et que les innovations indispensables soient convenablement justifiées, afin que la conviction générale serve à les faire admettre dans l'application. En d'autres païs, où la loi n'est qu'une disposition du Souverain, étrangère dans la forme et souvent dans le fond à la manière d'être des sujets, et en dehors de leur existence, où quelquefois on suit aveuglément des lois d'un autre peuple adoptées avec ou sans quelque modification, le changement de législation est une affaire du gouvernement, et il ne s'agit, pour son introduction, que de veiller à ce que les autorités compétentes y tiennent la main, et que les juges ou les tribunaux ne s'écartent pas de ses dispositions : en Angleterre, où la loi commune fait en quelque façon partie des habitudes et de la conscience des citoyens, où les juges comme dépositaires de cette conscience publique, le sont également des préceptes de cette loi commune, où personne ne s'avise de s'enquérir de cette loi, s'il n'existe une espèce sur laquelle il s'agit de l'appliquer, l'introduction d'un code nouveau est d'une bien autre importance, d'une difficulté bien plus grande. Chaque citoyen est le dépositaire et le gardien de la loi, et il faut que le nouveau code s'imprime également dans tous les cœurs et toutes les ames, il lui faut une obéissance implicite et une adhésion presqu'unanime du corps entier de la société, pour qu'il remplace la loi commune actuelle, et qu'il ne laisse dans l'opinion de chaque citoyen un vide qui ne peut manquer de nuire à son effet. Ce n'est pas aux fonctionnaires seuls

que la nouvelle législation doit être adressée, et son exécution confiée, mais à la nation entière; ce n'est pas un ordre supérieur qui suffit pour l'établir, mais c'est la conviction et l'opinion générale qui doivent lui servir d'appui.

Heureusement les habitudes de la nation Anglaise présentent au législateur des avantages, les seuls capables de vaincre une difficulté aussi grande et aussi réelle. L'Angleterre est, de tous les païs du monde, celui où la véritable liberté, où un régime franchement constitutionnel est le mieux connu et senti: cette forme de gouvernement, avec toutes ses conséquences, y a pénétré dans tous les usages et les mœurs de la nation; le peuple Anglais a une éducation constitutionelle, qui ne s'introduira qu'après de longues années dans les païs, où la forme constitutionelle et monarchique ne subsiste que depuis peu de tems. La publicité de tout ce qui tient à l'administration, l'intérêt général que chaque citoyen porte à tout ce qui concerne le gouvernement, conséquence inévitable et, à son tour, cause coefficiente de cette publicité, sont les grands traits qui caractérisent cette éducation, dont un patriotisme ardent et éclairé est le résultat le plus prochain. Ces deux leviers puissans travaillent sans cesse l'opinion publique, et si la législation nouvelle est digne de l'importance de cette entreprise, elle peut compter sur l'intérêt national de chaque citoyen, et sur la publicité pour remplir, sinon de suite, du moins après un intervalle de tems proportionné à la bonté de l'ouvrage, la lacune qui se fera sentir, lorsque la loi commune aura été remplacée par une législation positive.

La première chose, qui pourra amener cette conviction universelle, est la grande publicité de tout ce qui se rapporte à la codification, et il n'est guère nécessaire de recommander cette publicité dans un païs, où tout se fait depuis si longtems en public, et où on craindrait de cacher aux yeux de la nation tout ce qui n'exige pas impérieusement un secret profond. Partout où l'on s'est occupé de législation ou de codification, on a senti qu'on ne pouvait s'entourer de trop de lumières (1): des concours ont été ouverts, pour obtenir des projets et des vues générales sur une matière d'une aussi grande utilité (2); les projets ont été soumis à la censure des tribunaux, des cours, des fonctionnaires, de tout le public, et on s'est empressé de profiter de tout ce qui a été fourni de cette manière aux rédacteurs, à ceux qui étaient chargés d'examiner et d'améliorer les législations. Toutes ces mesures seront doublement nécessaires en Angleterre, et l'esprit public qui anime la nation Anglaise est un garant sûr (3) que

(1) Ce n'est que dans le Royaume des Païs-Bas, comme anciennement dans la République Batave et le Royaume de Hollande, qu'on a fait un secret de la codification. C'est de la Belgique qu'un génie sarcastique a dit »on trame ici les codes, comme on con» spire ailleurs." Mr. Reddie, *letter to the high chancellor*, *pag.* 67 s'est mépris lorsqu'il a appliqué cette expression à la France: en parlant de la seconde chambre des Etats, il aurait dû s'appercevoir qu'il ne peut être question que du Royaume des Païs-Bas, où la chambre des communes ou députés porte le nom de seconde chambre des Etats Généraux.

(2) *Savigny vom Beruf*, *pag.* 91.

(3) C'est pourquoi je croirais inutile le concours que propose Bentham, *de la Codification*, *Sect.* 7.

l'appel ne sera pas infructueux, et que ce ne sera pas le manque de lumières qui gênera celui qui se serait chargé de cette tâche importante; il y aurait plutôt à craindre qu'il ne succombât sous la quantité de matériaux qu'on verra se réunir de toutes parts (1). Mais il faut, pour un législateur, un genre de courage spécial qui l'élevera au dessus de cet inconvénient: si le guerrier doit savoir affronter le trépas et subir toutes les privations; si le magistrat a besoin d'un courage civil qui le mette à l'abri de l'influence; le savant, d'un courage d'esprit qui lui fasse négliger les préjugés; celui qui aspire à la gloire du législateur, doit être à l'épreuve des petites considérations qui lui feraient négliger ses grandes vues; il doit braver la critique et affronter les effets du préjugé, de la mauvaise volonté et de l'obstination; la conviction intime de ce qu'il estime utile et convenable doit seule le guider, et le rendre invulnérable aux traits les plus acérés de la morgue de ceux qui s'appuient sur leur autorité et sur l'ancien usage, du sarcasme des petits esprits, et de l'incorrigibilité de ceux qui ne peuvent se défaire de leurs habitudes (2). Le législateur lira ce qui paraît de plus intéressant, il mettra à profit les observations fondées et vraiment utiles, il méprisera celles qui,

(1) On s'est même trouvé embarrassé en France des nombreuses observations des cours, d'autant plus qu'elles n'étaient pas dirigées sur un même plan. La cour de Montpellier surtout paraît ne pas avoir eu d'idée nette du but d'une codification; aussi ses observations ont été accueillies par Mr. de Savigny, *vom Beruf*, *appendice* 2.

(2) V. le profond et en même tems spirituel traité de Bentham, *des Sophismes politiques*, qui forme la seconde partie de son ouvrage intitulé *Tactique des assemblées législatives*.

sans aucune valeur réelle, ne sont dictées que par une opposition malveillante, le désir de continuer des abus existans, ou le défaut de connaissances, de lumières et d'étendue dans les idées; il négligera celles qui ne sont dûes qu'à l'ignorance, à la présomption et à la vanité.

Indépendamment des avantages que la publicité des travaux préparatoires à une codification offre dans tous les païs, la grande part qu'y prendrait l'esprit public des Anglais en présenterait d'autres, qui se rapportent plus directement au grand inconvénient que nous avons signalé.

La publicité de toutes les discussions est tellement générale en Angleterre, que, lorsqu'il s'agite une des grandes questions dans le gouvernement et l'administration publique (1), cette discussion se répand dans toutes les classes, sans exception, jusqu'à celles mêmes qu'on y jugerait les plus étrangères. La direction de l'esprit public engage tous ceux qui ont, ou qui se croient avoir, quelque influence sur l'opinion, ceux qui prétendent à tort ou avec raison pouvoir faire valoir quelque argument nouveau, convaincant ou décisif en faveur de l'un des côtés du sistême en question, à se montrer et à parler à la nation. Il suffit donc qu'il soit sérieusement question d'une réforme dans la législation, pour voir tous les journaux remplis d'articles bons ou mauvais sur ce sujet, pour voir éclorre une infinité de pamphlets et de brochures, lesquelles sans quelquefois éclaircir le moins

(1) C'est ce qui s'est encore récemment manifesté à l'égard de la question sur l'émancipation Catholique.

du monde l'état de la question, pénètrent toutes les parties de la société, et familiarisent tous les Anglais avec des argumens plus ou moins fondés pour ou contre une législation nouvelle. Or, quelle que puisse être la tendance de la plus grande partie de ces articles et de ces brochures, et la grande majorité fut-elle même contraire au sistême projeté, toujours est-il que cette participation générale à l'administration publique ébranlera la confiance illimitée de la nation dans ses lois, et la préparera plus ou moins à recevoir un code, s'il était jugé digne de la sanction des trois branches du pouvoir législatif.

Mais il ne suffit pas d'avoir mis en mouvement l'esprit public, et d'avoir préparé la nation entière à recevoir plus ou moins favorablement une législation nouvelle, d'avoir fait naître l'idée de la possibilité de changer et de remplacer la loi commune et statutaire par un code écrit et sanctionné, qui réunirait toutes les dispositions, et fixerait les droits et les obligations des citoyens entr'eux; il ne suffit pas même d'avoir entraîné et obtenu la conviction du gouvernement et de la majorité des chambres des Communes et des Pairs; il faut encore, pour faire réussir les lois nouvelles et les faire admettre en remplacement de l'ancienne législation, jurisprudence ou coutume comme on voudra l'appeler, dans l'esprit et la conscience de la nation, que cette conviction passe également dans l'esprit de tous les Anglais, ou du moins dans une partie de la nation assez notable pour qu'elle s'identifie avec les idées généralement reçues, et que, dans les occasions nécessairement fréquentes au-

commencement, où des intérêts particuliers se trouvent froissés, des anciennes habitudes ou bien des idées reçues choquées, où par conséquent les innovations font crier et naître des plaintes, dont quelques unes peuvent (1) et même doivent être fondées, et qui toutes ont pour elles l'attachement à ce qui existait depuis des siècles, il se trouve toujours des voix prêtes à défendre ce qui est nouveau, en indiquant soit l'utilité directe ou indirecte du changement qui donne lieu à ces réclamations, soit des défauts non moins grands et palpables de l'ancien état, et de ce qu'on souffrait avec patience.

Certainement l'approbation, et la sanction du pouvoir législatif est une recommandation très forte. L'Anglais a beaucoup de confiance dans son gouvernement, qui non seulement la mérite par la bonté de son administration, mais encore par la publicité qu'il donne à chacune de ses opérations, de sorte que chaque citoyen peut juger des motifs par lesquels elle a été déterminée. La nature de ce gouvernement, qui offre à tous les talens les moyens de se produire, et de parvenir aux places les plus éminentes, et d'obtenir le plus d'influence; les capacités indispensables pour celui qui est appelé aux conseils du

(1) On en a vu des exemples, lors de l'introduction d'une loi nouvelle sur les formalités du mariage, dont l'objet était de faire précéder les mariages en Angleterre de quelques précautions qui, sur le Continent, garantissent les droits de ceux dont le consentement doit être requis, ou qui pourraient s'opposer à la célébration du mariage. La plupart de ces formalités ont été adoptées sur le Continent d'après les dispositions du concile de Trente, sur lesquelles ont été imités les art. 165 et suiv. du Code civil de France, et des règlemens locaux même dans les païs protestans.

Roi, et qui dirige les affaires; les moyens infinis de démasquer celui qui se serait ingéré dans des fonctions si importantes, sans avoir les talens nécessaires; la défiance qui ne manquerait pas d'accompagner ses propositions, et qui obligerait le Souverain à écarter un conseiller inepte ou dangereux, garantissent à jamais à l'Angleterre un gouvernement, qui, s'il ne sera pas plus exemt de défauts que toute autre réunion d'hommes, c'est-à-dire d'êtres imparfaits, ne manquera pas de montrer, principalement sous le rapport de l'administration intérieure, une grande connaissance des besoins de la nation, un désir ardent d'y satisfaire, et les talens nécessaires pour suivre les meilleures routes. Les deux chambres du Parlement, dans lesquelles siègent les principaux magistrats, les juges, les jurisconsultes les plus renommés, et où les projets de lois sont débattus avec une sagacité rare (conséquence immédiate de l'éducation politique de la nation) et sous toutes les convenances parlementaires, qui assurent à chacun la liberté la plus illimitée d'émettre son opinion, de blâmer ce qu'il croit inutile ou vicieux, de louer ce qu'il regarde comme bon et utile, de censurer et d'amender ce qu'il croit susceptible d'amélioration, la grande publicité de ces débats qui y fait participer la nation entière, offre une nouvelle garantie de la bonté des mesures, surtout en ce qui concerne l'administration intérieure, la législation et les intérêts particuliers les plus chers, dès qu'elles ont mérité l'approbation d'une majorité assez grande, pour que l'usage parlementaire permette qu'on regarde le Bill comme passé (1). Des

(1) On sait qu'en Angleterre, un Bill qui n'a qu'une foible ma-

considérations particulières, la passion, tout ce qui entraîne quelquefois les fausses démarches des autres gouvernemens, peut aussi sans aucun doute opérer sur le gouvernement de l'Angleterre; et quelle que soit la perfection admirable de son organisation, quel que soit l'équilibre des pouvoirs, l'Angleterre peut être mal gouvernée et fourvoyée dans de mauvaises routes, sur lesquelles elle se voit contrainte de revenir, ou qui se trouvent dangereuses, et cet état n'est pas sans exemple : mais en général ce n'est que par rapport aux relations étrangères, à la guerre ou la paix, à des négociations avec d'autres puissances. Relativement à son administration intérieure, depuis la révolution de l'année 1688, qui a réglé définitivement la constitution Anglaise sur le pied où elle est actuellement, il n'est pas d'exemple dans l'histoire, d'une nation qui ait fait autant de progrès, qui en fasse autant tous les jours, et qui ait moins à se plaindre d'une mesure arbitraire, inconséquente ou fausse.

Ce qui devra encore plus recommander au public la législation nouvelle, que la présomption favorable qui résulte de l'approbation des trois branches du pouvoir législatif, ce sera son mérite intrinsèque, qui est indispensable pour la rendre propre à remplacer le droit existant. Déjà nous avons fait observer comment et pourquoi il est nécessaire, que celui qui s'est chargé de rédiger un

---

jorité, surtout lorsqu'il existe des raisons de révoquer en doute l'impartialité de quelques votes, est abandonné, comme on l'a vu à l'occasion du trop fameux Bill relatif à la Reine Caroline, en 1820. Ce n'est pas en Angleterre qu'on admettrait un budget passé à la majorité d'une seule voix, comme cela s'est pratiqué plusieurs fois dans un Royaume constitutionnel du Continent.

nouveau code de lois, et qui préside à l'opération la plus difficile et en même tems la plus importante, qui puisse occuper un gouvernement, rendre raison des dispositions qu'il veut introduire ou confirmer. Il n'est rien de moins arbitraire que la législation, et la disposition la moins importante en apparence peut avoir des conséquences qui décident du bonheur d'un citoyen, et qui influencent la conséquence et l'ordre logique du sistême de droit. Le législateur doit à la nation les motifs de chaque principe, de chaque corollaire qu'il déduit d'un principe, de chaque disposition qu'il abroge, qu'il confirme, qu'il modifie ou qu'il introduit de nouveau: il doit cette justification sous le double rapport, non seulement de son utilité et de sa conformité aux préceptes généraux de l'équité, mais encore spécialement de son utilité et de sa convenance relative à l'état de la société à laquelle est destinée la législation, et à la législation antérieure qui doit être abrogée pour faire place à la loi nouvelle. Cette justification raisonnée, ce commentaire sistématique, qui doit contenir les motifs des dispositions législatives, est nécessaire et utile dans tous les païs et sous toutes circonstances; mais il l'est bien plus encore, lorsqu'il s'agit d'une nation habituée de longue main à la publicité constitutionnelle, et à discuter elle-même tout ce qui se rapporte à ses intérêts; qui d'ailleurs tient par l'habitude et par toutes les affections à des lois qu'on voudrait remplacer. Le peuple Anglais, accoutumé à discuter lui-même les opérations du gouvernement, surtout celles qui se lient si intimement à toutes les relations de la vie sociale, ayant acquis la con-

naissance de ces droits et de ces convenances, inconnue en général à tous les autres peuples; qui se prête à un examen réfléchi et éclairé de ce qui est proposé en matière de législalation, est bien plus à même de se laisser aller à la conviction, lorsqu'effectivement une innovation est utile, et que cette utilité lui est clairement démontrée. Il se trouvera en Angleterre comme ailleurs, et même plus qu'ailleurs, des personnes préoccupées de leurs idées anciennes, et qui, loin de céder à quelque argument, loin même de vouloir écouter des raisons, s'obstineront à condamner sans examen tout ce qui diffère de l'usage immémorial; mais il suffit que la nation ait l'habitude d'écouter, d'entendre les argumens pour et contre un sistême, de peser les raisons alléguées, pour être sûr de trouver au moins quelques personnes qui sachent apprécier la véritable utilité des innovations, et c'est là tout ce qu'il faut, lorsque cette innovation a un mérite suffisant pour se justifier devant des juges impartiaux, et que l'expérience vient confirmer successivement ce que la théorie avait annoncé. Si le nouveau code est préférable à l'ancienne législation, (et c'est ce qu'on peut raisonnablement exiger, c'est ce qui doit être constant avant qu'il ne soit adopté) il suffira qu'il trouve quelques défenseurs; bientôt les résultats de son introduction prouvant la justesse des vues du législateur et de ceux qui ont approuvé le projet, serviront à l'adoption franche et entière de ce sistême de la part de la totalité de la nation.

La justification sistématique et motivée du nouveau code, sera donc le premier moyen de faire adopter à la nation même un code nouveau, sanctionné par l'auto-

rité; cette justification ne descendra pas à la réfutation de tous les argumens qu'on aurait opposés (le législateur aurait trop d'occupation à cette besogne seule, et il ne manquera pas de défenseurs à plume vénale, ou même spontanés, si l'ouvrage mérite d'être prôné) mais elle portera sur les principales dispositions du nouveau code, spécialement sur celles qui s'écartent des anciennes dispositions, et indiquera les motifs qui les ont fait substituer à ce qui existait sous l'ancien droit. Un second moyen de rendre agréable le nouveau code à la totalité de la nation, avant même que ses résultats n'aient pu en développer les avantages principaux, c'est la simplicité, la clarté, la précision de la rédaction. Il est facile d'appercevoir le mérite d'une bonne rédaction, même avant d'en avoir reconnu l'exactitude et les avantages inappréciables, et, sous ce rapport, le stile lâche et diffus des anciens statuts et des coutumes Anglaises, les répétitions continuelles de termes sinonimes ou à peu près tels, qui se trouvent dans les lois Anglaises et dans tous leurs actes judiciaires, offrent un vaste champ aux améliorations; et il ne faudra qu'une seule observation glissée en passant, pour faire reconnaître au public combien il est préférable de substituer une expression générale et précise, à une foule de mots vagues et indéterminés, qui, quelque multipliés qu'ils puissent être, n'épuisent presque jamais toutes les espèces contenues sous l'idée abstraite du genre. La rédaction d'une loi est un point extrêmement essentiel, et plus on a eu l'occasion d'appliquer cette loi, plus on apprécie les effets utiles d'une rédaction concise et exacte, plus aussi

on s'apperçoit des défauts de stile et des conséquences nuisibles qui en résultent : mais il n'est pas même nécessaire de recourir à l'épreuve de l'expérience, pour reconnaître que la rédaction d'une loi bien soignée et surtout dictée par des vues supérieures, est infiniment préférable à un stile qui, ne pouvant parvenir à exprimer les idées en peu de mots, cherche à compenser par des répétitions fastidieuses, ce qui manque à l'exactitude de l'expression propre. La seule comparaison de deux articles de la loi fait ressortir la différence de rédaction, entièrement à l'avantage de celle faite dans le véritable esprit législatif, qui s'élève au genre, pour ne pas être obligé d'énumérer longuement et incomplètement les espèces.

Avec la justification dogmatique et sistématique de la législation entière, et le mérite d'une rédaction claire, exacte et concise, il est un autre avantage d'une loi nouvelle, qui peut la recommander au public, avant même que l'expérience n'ait donné lieu d'apprécier sa bonté intrinsèque; et quoique cet avantage appartienne plutôt à ce qui concerne la procédure et l'organisation des tribunaux qu'au fond du droit, ce dont par conséquent nous aurons à nous occuper plus tard, nous ne pouvons, dès à-présent, nous empêcher d'observer que, si la législation nouvelle diminue l'inconvénient de devoir se déplacer à de grandes distances pour suivre un procès, si elle présente les moyens de faire valoir ses droits à toute époque et dans tous les lieux, ou du moins dans chaque district peu étendu, cette innovation heureuse se fera remarquer dans le texte de la loi même, dès avant

son adoption et son introduction, sans qu'il soit besoin d'attendre que l'expérience en ait confirmé le résultat. L'Angleterre plus que toute autre contrée, a depuis des siècles reconnu le besoin ou du moins la grande utilité de ce que la justice soit facilement accessible, et déjà le chancelier Fortescue s'énorgueillissait de ce qu'en Angleterre la justice est portée au seuil de chaque habitation (1), expression qui est devenue proverbiale; et cependant, par le résultat d'un concours fortuit de circonstances, il se trouve que tous les procès sont instruits, plaidés et jugés à Londres: il a même fallu une fiction de droit (connue sous le nom de *nisi prius*) (2) pour laisser à la connaissance des assises, qui se tiennent une ou deux fois par an dans chaque district ou province, quelques causes qui, par ce moyen, leur sont reservées, sauf le recours contre leurs décisions aux tribunaux de Londres, ainsi que les appels qui, en dernier ressort, peuvent toujours être portés à la chambre des Pairs (3). Cet éloge pompeux des lois de l'Angleterre est connu à chaque Anglais, et résonne dans son cœur, dans le moment même qu'il s'apperçoit, que si jamais l'éloge a été mérité, la pratique a beaucoup défiguré ce trait de l'organisation judiciaire du Royaume;

(1) « To bring justice down to every mans door." *Blackstone, comm. Livre* 3, *chap.* 4. C'est ce qui a été dit lors de l'institution des tournées des juges, *justices in eyre*, *judices itinerantes*, première origine des assises, qui se tiennent encore aujourd'hui une ou deux fois l'an dans chaque *circuit.*

(2) *Blackstone, comm. L.* 3, *ch.* 4, n°. XI.

(3) Voyez ce que j'ai dit, *Esprit des Instit. Judic. Liv.* 3, *chap.* 21.

et quoiqu'en général il cherche à dérober ce défaut à la connaissance des étrangers, à s'aveugler soi-même sur les abus qu'il éprouve, il saura du premier coup-d'œil apprécier une loi qui vérifierait un pareil éloge.

Il ne suffit pas de faire un code de lois, précis et uniforme, basé sur les principes du droit actuel de l'Angleterre, et conséquent dans les résultats de ces principes établis par l'habitude et confirmés par l'expérience, modifié d'aprés ce qui pourrait être jugé convenable, et utile à l'état de la civilisation actuelle; d'avoir justifié ce code aux yeux des Anglais mêmes, par un commentaire raisonné et justificatif, par une rédaction claire et concise, et d'avoir offert une perspective d'un facile accès à la justice; il faut encore établir sur une base sûre la stabilité et l'immuabilité de ce code. Ce n'est pas une immuabilité absolue dont il peut être question; de nouvelles combinaisons sociales, de nouveaux besoins peuvent commander la nécessité de subvenir aux lacunes, qu'elles causeront dans la législation, qui ne peut s'étendre à des espèces qu'on ne pouvait prévoir (1); l'expérience peut faire reconnaître dans les lois, des con-

(1) Il n'y a rien de plus malheureux pour un païs que lorsque les lois et les usages demeurent stationnaires, tandis que le siècle marche. Un dépérissement lent, et qui ne devient sensible que lorsqu'il a déjà acquis un degré presqu'irrémédiable, se manifeste, et pour comble de malheur amène presque toujours une obstination à persister dans l'ancien sistême, obstination née des mêmes motifs et de l'ignorance des véritables causes du mal, qui en aggrave les conséquences. Tels on voit les pulmonaires, et ceux qu'une phtisie consume, s'aveugler sur leur situation, et recourir à des alimens et à un genre de vie opposés à leur constitution, qui les conduit plus vite au terme fatal. Il est des peuples et des contrées dans cette position-

tradictions ou des inconséquences qui auraient échappé aux recherches les plus exactes et les plus scrupuleuses; on peut se trouver convaincu de l'obscurité ou de l'ambiguité d'une disposition, qui dans les premiers momens paraissait très claire ou peu douteuse; et certes, ce serait une absurdité que de vouloir, par la sanction d'un code de lois, fermer la voie à des supplémens, à des corrections qu'un événement postérieur rendrait indispensables, et ce serait plus que de la présomtion que d'admettre en principe, que les lois sanctionnées sont sans aucun défaut. Il est donc nécessaire de laisser à un Gouvernement la faculté d'améliorer ce qui existe; faculté dont on n'a pas à craindre l'abus, lors même que cet état est défectueux, quand on s'est convaincu combien il est de motifs pour ne pas substituer légèrement à une partie d'un ensemble de législation, une autre qui lui est étrangère, et quand de plus le code examiné avec scrupule, rédigé avec soin et en connaissance de tout ce qui est requis pour une œuvre aussi difficile et importante, sera effectivement digne d'être adopté par une nation qui connaît ses véritables intérêts.

La possibilité d'un changement est et doit toujours exister (1), quoiqu'un Gouvernement sage, et éclairé surtout

(1) D'ailleurs comment un Gouvernement s'interdirait-il le pouvoir de changer la législation? Ce ne pourait être que par une loi. Mais cette loi même serait révocable par une loi postérieure. Il faudrait seulement une double loi, la première pour abroger la prohibition, la seconde pour changer la législation. Une pareille prohibition, par son inefficacité même, deviendrait ridicule. Il faut se garder en législation de tout ce qui n'est pas exécutable, et surtout d'une prohibition dénuée de sanction efficace. C'est pourquoi il

par l'expérience, n'y aura recours qu'en cas de nécessité absolue et à la dernière extrémité, mais dans ces cas mêmes, il faut pourvoir à ce que l'unité et l'uniformité de la législation ne soit pas blessée.

Le moyen le plus simple et en même tems le plus efficace pour incorporer dans le code une fois sanctionné, toutes les lois nouvelles qui pourraient être réputées nécessaires, c'est d'en extraire toutes les dispositions destinées à faire des additions ou des modifications à la législation existante, et de les faire insérer par forme *d'authentiques* après les articles de la loi qu'elles tendent à modifier. On pourrait à cet effet établir en règle générale, que de toutes les lois spéciales ou temporaires qui pourraient être rendues; que de toutes celles qui ne sont destinées qu'à quelque branche spéciale d'administration, ou qui n'auraient pas pour but évident et patent de suppléer, de changer, de modifier la législation civile ou pénale, la procédure civile ou criminelle, aucune ne pourrait jamais être alléguée devant les tribunaux, ou servir de base à une décision judiciaire, comme opérant une influence quelconque sur la législation; que s'il se rencontrait quelque disposition qui pût être censée avoir trait à un article du code, elle ne pût être étendue hors du cas spécial sur lequel la loi a été rendue, à moins que le législateur lui-même n'aurait ordonné l'insertion d'un extrait dans le code, et que ces *authentiques* seules pouraient abroger ou modifier le

---

faut également être économe de dispenses, qui, si elles sont nécessaires, prouvent un défaut dans la législation, et qui toujours tendent à diminuer l'effet de la loi, la vénération et la confiance qu'elle inspire.

code (1). Une loi qui établit ou qui modifie un impôt, peut souvent contenir des articles qui se trouvent en contradiction avec les lois civiles (2): une loi spéciale peut employer des termes pareils à ceux de la législation du code, dans un sens différent; et il est très difficile, pour ne pas dire impossible, de prévenir entièrement de pareils écarts, surtout lorsqu'il s'agit de lois sur un objet important sous un autre rapport, et qui peut présenter des difficultés tellement graves, qu'on est trop occupé du soin de les vaincre, pour ne pas avoir le loisir de peser chaque expression, et de la comparer soigneusement à la rédaction entière du code (3): une pareille

(1) Ce n'est pas alors une prohibition que le législateur se ferait à soi-même, et dont il serait à supposer qu'il se dispensât par la suite: ce ne serait qu'un règlement sur la forme d'innover la législation. On proscrirait toutes les innovations indirectes, auxquelles le législateur peut ne pas avoir songé, et régulariserait celles qu'il aurait voulues. Une pareille disposition peut être observé constamment, et avec utilité, dans un gouvernement constitutionnel: sous un régime despotique, elle ne serait pas suivie. Nous en voyons un exemple dans la constitution de Théodose *Nov. Cod. Theod.* 2., sur la forme des lois nouvelles oubliée, aussitôt que rendue.

(2) Les lois Françaises sur l'impôt de l'enrégistrement et sur le tarif des frais de procédure, en offrent des exemples frappans: et souvent on a argumenté des dispositions de ces lois ou d'autres pareilles, pour en déduire l'abrogation, la modification ou l'interprétation des articles du Code.

(3) La législation des impôts est très difficile; sous le rapport des finances, comme sous celui du commerce et de l'industrie, elle touche sans cesse à des questions vitales pour le bonheur de l'État: il est presqu'impossible d'exiger qu'en conciliant, autant que faire se peut, des intérêts aussi majeurs, on ait donné à la rédaction la même attention, une exactitude aussi scrupuleuse, que lorsqu'il s'agit de régler les droits et les obligations des individus par une législation générale.

disposition générale rendra moins sensibles, moins dangereuses surtout, des bévues de cette nature, et ne distraira pas le législateur occupé d'une idée principale, relative à un objet important quoique de législation spéciale, par l'appréhension de heurter quelque principe de législation, ou de donner lieu à de fausses applications, à des interprétations auxquelles il n'a jamais songé, à des conséquences erronées: parcontre, lorsque le législateur aura reconnu la nécessité de changer une disposition législative, et lorsqu'il aura positivement énoncé cette intention, en ordonnant qu'elle sera insérée par extrait et en forme d'*authentiques* dans le code, non seulement il ne pourra plus exister aucun doute sur cette intention, mais encore cette disposition, et l'examen de l'article après lequel l'insertion devra avoir lieu, occasionnera une recherche, qui rendra le législateur plus attentif aux principes de la législation générale et à la rédaction de l'amendement, qu'il ne l'aurait été sans cette nécessité. Il en résultera que la modification sera faite d'après les principes généraux du code, desquels on ne s'écartera qu'autant qu'il sera indispensable par le but qu'on se propose, et que la rédaction en sera soignée, de même et d'après les mêmes idées que celles du code. Une disposition pareille, on peut en être pleinement assuré, diminuera les changemens, et les rendra bien plus inoffensifs au sistême entier des lois et aux intérêts des particuliers; en tout cas, elle tranchera toute difficulté sur l'intention du législateur.

Après cette importante précaution contre les innovations législatives de la part du gouvernement, précaution

que l'histoire du droit Romain et les exemples du code Théodosien et du code Justinien n'a que trop justifiée dans les tems anciens, et que, dans nos temps plus modernes, les immenses recueils des bulletins des lois en France, des journaux officiels dans les Païs-Bas, des statuts en Angleterre, des collections de lois en Prusse, en Autriche, en Bavière et ailleurs, ne démontrent pas moins utile dans l'époque présente, il faut encore prévenir les écarts dans l'application de la loi: il faut en conserver la parité et la stabilité dans son exécution, l'uniformité dans la manière d'appliquer cette loi aux espèces individuelles. La loi considérée abstraitement peut être plus ou moins conforme à des principes généraux de justice et d'équité, elle peut-être plus ou moins conséquente dans les corollaires qu'elle dérive des principes, elle peut être rédigée avec plus ou moins de précision; mais elle n'est qu'une spéculation théorique, sur laquelle il est permis de raisonner, de divaguer, d'errer même, sans qu'il en résulte aucun inconvénient: ce n'est que par son application aux cas individuels qui se présentent dans la société dans les jugemens rendus en conséquence de cette loi; par le plus ou moins de facilité qu'elle présente aux individus de faire valoir leurs droits, d'exiger ce qui leur est dû, avec le moins de peines, de délais et de frais possibles; par la protection qu'elle accorde à ceux qu'on veut soumettre à une obligation qui ne leur incombe pas, et même aux véritables débiteurs en n'aggravant point leur obligation; par la sûreté qu'elle garantit à chaque habitant d'obtenir tous les droits que la loi lui accorde, et de ne pas être tenu au delà des obli-

gations qu'elle préscrit, que son utilité pour la société se manifeste. Une bonne loi mal appliquée pourrait être la cause de jugemens iniques, et devenir le fléau de la société; une loi mauvaise peut être corrigée par la bonté de l'exécution, par de bonnes moeurs, par l'intégrité des magistrats (1), par l'excès même de leur pouvoir, qui leur ferait substituer leur volonté individuelle à celle du législateur (2); mais si le code est bon, il faut qu'il soit l'unique règle de conduite; s'il ne l'est pas, il doit être rejeté comme indigne de la sanction législative.

Le code seul doit régir le païs auquel il est destiné, et dès lors il est de rigueur qu'à son introduction, toutes lois sur des matières comprises au code soient abrogées. La législation doit être complète et s'étendre à toutes les lois antérieures sans aucune distinction. Ce n'est pas que nous croirions le but de la législation expresse entièrement manqué, s'il subsistait une seule loi, une seule coutume, qui en serait indépendante (3); mais non seulement une pareille tolérance de la continuation partielle de la législation ancienne, peut amener des inconséquences, des antinomies, quelquefois même des absurdités dans ses résultats: c'est encore un aveu d'un défaut dans la législation nouvelle, qu'il vaudra infiniment mieux suppléer, fut-ce même en reproduisant textuellement les dispositions anciennes, afin de ne pas s'expo-

(1) » Plus ibi boni mores valere quam alibi bonae leges" disait des Germains Tacite, de *morib. Germ.* C. 9.

(2) Voyez ce que j'ai dit des Païs-Bas, *Esprit des Inst. Jud. Liv.* 5 *Chap. dernier.*

(3) *Bentham de la codification* Ch. 3 et 5.

ser de prime-abord au reproche mérité, que la loi serait incomplète. Ce n'est pas d'ailleurs une disposition expresse qui sera nécessaire pour continuer les lois anciennes, dans les matières non reglées par la législation; ces matières se trouvent en dehors de cette législation; on ne peut cependant les regarder comme abandonnées à l'arbitraire absolu, et besoin est de recourir aux lois anciennes; s'il était possible de décider ces espèces, même par analogie des lois nouvelles, elles ne seraient pas dans le cas d'être soumises aux lois abrogées, par ce motif même que la législation nouvelle y aurait pourvu, sinon en termes directs, du moins indirectement, ce qui suffit pour exclure l'ancienne loi.

En abrogeant toutes les dispositions anciennes, nous n'avons en vue que de les priver de leur force obligatoire; mais nous sommes très éloignés d'exiger que le législateur préscrive des prohibitions, telles que celles de Justinien, qui tombent dans l'exagération que produit souvent et facilement la conscience du défaut de pouvoir pour tenir la main à la stricte exécution des ordres, en défendant de citer soit les lois abrogées, soit les ouvrages des anciens auteurs, ou d'y avoir égard, sous peine de faux contre l'avocat qui se permettrait pareille allégation devant les tribunaux, comme contre le magistrat qui aurait basé sa décision sur l'autorité d'une loi abrogée ou d'un ancien jurisconsulte (1). Même exagération dans la défense de s'appuyer de l'autorité du droit Romain ou des anciennes coutumes, en France pen-

(1) *Const. Tanta de confirm. Dig.* § 19. *Const. summa de codice confirm.* § 3. L. 2. § 19. *C. de veteri jure enucleando.*

dant la Révolution. Le tems a fait justice des défenses de Justinien, et en France on est bientôt revenu à des idées plus saines, à celles dont nous nous sommes occupés dans la lettre précédente, et qu'il conviendra de rappeler ici plus particulièrement, sous le rapport d'une législation positive pour l'Angleterre.

L'introduction d'un nouveau code emporte de droit l'abrogation des lois anciennes, il y aurait faiblesse et absurdité de les laisser coexister; et non seulement on n'aurait aucun avantage à l'introduction des lois nouvelles, pour l'ordre des dispositions législatives et la facilité d'en avoir connaissance; mais encore ce serait une augmentation de la confusion et un désordre inévitable: cette abrogation doit être totale; il y aurait un aveu que le code est incomplet et par conséquent dès le premier abord reconnu défectueux, en admettant la continuation des lois anciennes, dans quelque point et sur quelque matière que ce soit: mais cette abrogation ne porte que sur la force obligatoire des dispositions (1). Bien loin de proscrire les allégations des lois anciennes, nous les regardons au contraire comme particulièrement utiles pour la doctrine, afin de faciliter, d'éclairer, de régulariser le sens dans lequel le nouveau code doit être entendu, interprété et appliqué. Si la loi a continué les anciennes dispositions, rien ne fera mieux ressortir la véritable intention du législateur, que de la comparer avec ce qui était statué ou reçu précédemment; si elle a modifié, changé

(1) C'est dans ce sens qu'en France a été adopté l'art. 7 de la loi du 30 Ventôse an 12 (21 Mars 1804). V. *Merlin, répertoire de jurisprudence, aux mots autorité et raison écrite.*

ou même entièrement supprimé ces dispositions, il est encore très important de les bien connaître dans toutes leurs conséquences, afin de suivre les résultats qu'amène la loi nouvelle sur des applications de l'ancienne loi, connues dans l'ancienne jurisprudence; pour prévoir et préparer d'avance quelles seront les conséquences de ces modifications, de ces suppressions, sur des résultats plus éloignés auxquels s'appliquait la loi ancienne. Pour ne pas parler des questions transitoires, et des espèces dans lesquelles il s'agit de déterminer, sous l'empire de la loi nouvelle, quel doit être l'effet de ce qui a été commencé, ou terminé sous l'ancienne loi, cette connaissance des lois abrogées sera de la plus grande utilité pour la doctrine, laquelle, si elle ne peut obliger les parties ni le magistrat, est cependant de la plus haute importance pour guider les recherches de celui qui prononce sur l'application de la loi.

Plus le droit ancien a été élaboré par l'expérience, plus il a été l'objet des recherches laborieuses et scientifiques des commentateurs et des jurisconsultes, plus il a été mûri par l'expérience et modifié ou appliqué par des jugemens et arrêts, plus il a acquis par ces moyens la perfection sistématique, qui non seulement en fait connaître toutes les dispositions, mais les classe sous les principes auxquels elles doivent être rapportées, et plus ce droit ancien pourra facilement et utilement servir de base à la doctrine d'une jurisprudence nouvelle. C'est là un des plus grands avantages du droit Romain sur le continent, où, dans tous les païs à législations nouvelles, il a toujours (du moins après les premiers momens

d'effervescence ou de préoccupation) été consulté, sinon comme loi positive et obligatoire, du moins comme raison écrite. En Angleterre, quoique le droit Romain n'ait pas été sans aucune influence lors de la première fixation des coutumes (1), ce droit (2) n'a jamais été regardé comme base de la loi commune; l'étude des lois Romaines réputée peu nécessaire pour le droit Anglais, a été négligée, et cette ressource ne peut y être de quelque utilité. Par contre, cette loi commune, qui n'est manifestée qu'au moyen des jugemens rendus par les magistrats, sur des espèces actuellement soumises aux déci-

(1) Les anciens livres de l'Angleterre, l'introduction de l'ouvrage de Glanvilla, *de legibus Angliae*, comme celle du livre sur le droit Ecossais, intitulé *regiam majestatem*, sont évidemment copiés sur celle des Institutes de Justinien. Blackstone lui-même cite souvent les lois Romaines.

(2) *Blackstone*, *Comm. Introd.* § 3. No. 1. a non seulement nié l'influence des lois Romaines sur le droit Anglais, mais en assigne la raison dans l'obéissance implicite à la volonté des Empereurs, obéissance contraire à l'esprit de liberté prédominant en Angleterre: mais cet auteur a fort peu connu le droit Romain, il n'a pas fait attention à ce que le droit Romain est entièrement indépendant du principe de quelques lois qu'il attaque, et qu'à l'époque où le droit Romain a été apporté en Angleterre par *Vacarius*, au douzième siècle, l'Angleterre n'était guère plus libre que le reste de l'Europe. Les détails connus sur Vacarius se trouvent réunis dans l'ouvrage de Mr. de Savigny, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, Vol. 4. Ch. 36. Le Roi Etienne n'entendait probablement proscrire que le droit canon et la théorie de la suprématie Papale (précaution que les événemens du règne suivant de Henri II et de celui de Jean-sans-terre justifieraient suffisamment), mais l'ignorance des tems étendit la proscription à tout ce qu'enseignaient le *Magister Vacarius*, Droit Civil et Canon, et cette proscription a été adoptée aveuglément par la suite.

sions judiciaires, et qui n'est autre chose que le résultat des mœurs, des habitudes, des besoins, des relations des individus qui composent la nation, a été l'objet de tant d'ouvrages dogmatiques, qu'elle est réduite en sistême, au point qu'il a été possible et même jugé convenable d'admettre l'immuabilité des principes qu'on a cherché à éluder, n'osant les heurter de front, lorsque de nouveaux besoins se sont fait sentir. C'est cette loi commune et son sistême, que l'Angleterre devra adopter ou plutôt continuer comme base de la doctrine, même après l'introduction d'un code écrit et nouveau.

Ce sera donc l'étude sistématique et la connaissance scientifique du droit commun de l'Angleterre, qui devra faire la base de la doctrine et de la jurisprudence, même après qu'un nouveau code aurait été introduit: cette connaissance facilitera l'application de tous les principes conservés, elle développera avec plus d'étendue les motifs des innovations qui auront été jugées nécessaires, fera connaître les avantages de ces innovations ou ressortir leurs défauts, et surtout indiquera les conséquences dans les résultats les plus rapprochés des espèces individuelles. L'explication des termes techniques, le dictionnaire du langage des lois, devra être cherché exclusivement dans cette doctrine, et elle servira merveilleusement non seulement à rendre possible et facile l'exécution de la loi nouvelle, mais encore à la populariser et à la faire passer dans les mœurs et les habitudes de la nation.

Mais si cette doctrine basée sur la loi supprimée et abrogée est utile à l'application de la loi nouvelle, le législateur doit veiller à ce qu'elle n'usurpe pas la place de

cette loi. Naturellement tout peuple est attaché aux usages qu'il connaît et auxquels il s'est fait habitude d'obéir; les jurisconsultes, les magistrats, font partie de la nation, et indépendamment de l'habitude et du préjugé qu'on contracte insensiblement et infailliblement en faveur de ce qu'on a vu pratiquer depuis longtems (1), l'inertie et la paresse, dont les effets, quoique souvent moins patens et ostensibles, ou méconnus et déguisés, ne laissent pas d'être importans, empêchent d'étudier et d'apprécier convenablement ce qui est nouveau, même auprès de ceux dont les facultés sont assez libres pour embrasser une étude nouvelle dans toutes ses parties. Il faut un certain courage moral, pour surmonter les difficultés dont tout ce qui est nouveau se trouve embarrassé; pour discerner ce qui tient à la chose en elle-même, d'avec ce qui n'est que la conséquence de la nouveauté; pour ne pas attribuer au fond de la loi, des obsta-

(1) Nous en avons vu des exemples frappans en Hollande, lors de l'introduction des lois Françaises, et lors de la restauration. J'ai vu des juges s'obstiner à ne pas appliquer des dispositions des lois Françaises, par le seul motif qu'elles se trouvaient dans ces lois, ignorant qu'elles étaient également obligatoires sous les anciens usages de la Hollande; et la ville d'Amsterdam se rappelera que le tribunal de commerce a reconnu la validité des endossemens d'une lettre de change sans reconnaissance de valeur reçue, parceque l'art. 137 du code de commerce les reprouvait, tandis qu'on oubliait que la même chose avait lieu d'après les usages de la Hollande. Après la restauration, on s'est empressé de réintroduire des choses qui avaient existé, sans se mettre en peine si elles étaient nécessaires ou utiles: par ancienne habitude, on a même cru pressant de remplacer la dénomination nouvelle des *avoués* par le nom anciennement connu de *Procureurs*. *Arrêté du* 11 *Dec.* 1813. La même chose s'est vue dans tous les païs.

cles qui disparaissent d'eux-mêmes, lorsqu'on donne à cette loi le tems de se fixer; pour s'élever au-dessus de ces considérations par lesquelles toute innovation se trouve empêchée. Il est bien peu de personnes capables de cet effort, et qui ne se lassent des obstacles qu'elles rencontrent, avant d'arriver aux avantages des innovations, qui ne se rebutent de l'examen impartial par ces petites difficultés, sans pouvoir parvenir à cet examen. Il est si facile de suivre les routes battues, il est tant de moyens et de motifs plausibles pour s'excuser de tenter tout ce qui s'en écarte (1), qu'on a toujours lieu de redouter aux lois nouvelles une opposition irréfléchie de la grande majorité, indépendamment de celle qui s'appuye sur des raisons plus ou moins fondées. Enfin même après l'introduction pleine et entière d'une loi, il se forme des usages locaux, et des magistrats cherchent à empiéter sur le pouvoir du législateur, en substituant leur volonté à la sienne; il en résulte des bigarrures dans l'application de la loi, qui devrait être uniforme et constante comme la loi même: et il faut que la loi, par ses dispositions, veille à sa conservation, soit contre l'influence des lois anciennes et des coutumes supprimées, soit contre les abus de pouvoir et les écarts de la jurisprudence qui pourraient en résulter. C'est dans les lois sur la procédure et sur l'organisation des tribunaux, qu'il convient de placer ces précautions.

---

(1) V. *Bentham, Tactique des assemblées législatives*, *Tom.* 2. *Des Sophismes politiques*, *première partie*, *et seconde partie ch.* 1, 2, 3 *et* 4. *troisième partie ch.* 2.

A cet effet, la loi peut ordonner que tout jugement soit motivé et que les articles de la loi qui la justifient soient nommément exprimés: en matière criminelle, où il est d'une plus grande importance encore qu'au civil, que la peine n'excède pas celle statuée par la loi, et où l'application est toujours plus directe et plus ostensible, il convient que le texte entier soit lu à la prononciation et inséré dans le jugement (1). Le juge obligé de consulter la loi, ne fut-ce que pour indiquer l'article convenable à l'espèce qui se présente, et d'en rappeler la mention ou le texte exprès, ne s'écartera pas aussi facilement de la disposition, que lorsqu'en fesant l'application de la loi de mémoire, il peut s'abuser sur son véritable contenu; il peut confondre la règle qu'a sanctionnée le législateur, avec celle qu'il s'est formée lui-même, et que lui suggère son bon sens naturel ou les principes d'équité naturelle, avec ce qu'il a vu faire à d'autres, ou avec ce que des docteurs ont enseigné; il peut, si sa conscience ou sa conviction lui dictaient une décision opposée à la loi, revenir sur ses idées, et se rappeler qu'il n'a pas à décider sur la loi, sur son utilité ou son mérite, mais uniquement sur l'espèce et d'après la loi à laquelle il a juré d'obéir aveuglément et ponctuellement (2). Tel juge qui, de bonne foi ou par excès de pouvoir, rendrait une senten-

(1) C'est une disposition du droit Français. *Code d'inst. crim. art.* 195, 366 *etc.* Dans le Royaume des Païs-Bas elle est constitutionnelle. *Loi fondamentale*, *art.* 172, 173.

(2) Le célèbre et savant *d'Argentrée* adressait à de pareils juges l'apostrophe suivante: »Quid de lege judicas, qui sedes ut secun» dum leges judices."

ce contraire à la loi, est rappelé à son devoir par la seule nécessité d'alléguer une disposition législative, et par l'impossibilité de trouver une autre disposition qui puisse la justifier; cette obligation seule prouve combien elle est apte au maintien de la loi, par une foule de jugemens dans lesquels des magistrats liés par la loi, et tenus de juger contre ce qu'ils auraient désiré s'ils avaient été libres, se justifient en quelque façon dans les considérans de n'avoir pu s'écarter de la disposition expresse de la loi, lors même que l'application leur en paraissait injuste ou dure (2).

C'est plus particulièrement cependant aux lois sur l'organisation judiciaire, qu'appartiennent les mesures propres à assurer le maintien de la loi, et les garanties de son application comme de son exécution uniforme. La publicité est un des principaux moyens d'assurer l'exécution la plus stricte de tout ce qui est préscrit dans la vue de l'utilité générale: cette publicité doit être la base de tout ce qui tient à l'organisation judiciaire et à la procédure, et certainement ce n'est pas en Angleterre qu'il sera besoin de la recommander. Cette publicité et la participation du public, de la nation même, à l'administration de la justice par le moyen du jury en matière criminelle et civile (1), sont tellement liées aux habitudes de la nation Anglaise, qu'il faudrait lui faire violence pour y toucher. Ce n'est donc pas pour poser cette condition comme indispensable, mais uniquement pour

---

(1) De pareils exemples sont fréquens en France comme en Angleterre et dans les Païs-Bas.

(1) Voyez ce que j'ai dit à cet égard, *Esprit des Inst. judic. L.* 3. *ch.* 22 et *Liv.* 8. *chap.* 25.

ne pas encourir le blâme de l'avoir oubliée, que nous rappelons ici comme sous-entendue la nécessité que toute organisation judiciaire, toute procédure, destinée à l'Angleterre, soit fondée sur la publicité la plus illimitée, et sur l'admission du jury à l'examen des causes criminelles et civiles, sauf néanmoins quelques modifications qui pourraient être faites relativement à la procédure par jurés, principalement en matière civile, où des modifications paraisent indispensables (1).

Quant à l'organisation intérieure des tribunaux, la première innovation qui me paraîtrait utile et indispensable pour le maintien de l'uniformité en législation, c'est l'institution du ministère public près les tribunaux, chargé de veiller à l'administration de la justice, soumis à des chefs lesquels se réunissent en un seul point de ralliement; lequel ministère public par conséquent peut donner dans tous les tribunaux la même impulsion, et diriger l'ordre judiciaire entier conformément aux lois écrites; lequel en même tems avertit le gouvernement de toutes les transgressions des tribunaux, des abus ou des coutumes qui se formeraient, des petites difficultés, des obscurités dans la loi, des contradictions ou antinomies, des lacunes qui se manifesteraient, quoiqu'elles ne seraient pas d'une importance assez majeure pour se développer aux yeux du public et du gouvernement, par des moyens plus directs et plus patens (2). J'ai cherché

(1) C'est ce qu'on a fait en Ecosse. *Statuts de la* 55me. *année du feu Roi Georges III. ch.* 42, *et de la* 59me. *année, ch.* 35. Voyez *Beveridge, practical treatise on the forms of process, Tit.* 10. *Vol.* 2. *pag.* 649 *suiv. Edinburgh*, 1826, *in* 8o.

(2) Le ministère public peut et doit surveiller la marche de la

ailleurs à donner une idée du mécanisme du ministère public en France, où cette institution existe depuis bien longtems, ainsi que de tous les avantages qu'elle présente en théorie comme en pratique (1). Je n'ignore pas que cette institution étant nouvelle en Angleterre, doit rencontrer des obstacles; mais comme il est facile de la concilier avec l'organisation politique du Royaume, et que d'ailleurs elle présentera de suite de grands avantages individuels, il est à présumer qu'elle ne sera pas aussi difficile à introduire qu'on pourrait le craindre au premier coup-d'œil.

L'institution du ministère public n'est pas aussi étrangère à la constitution Anglaise qu'on le croit communément, et on en retrouve quelques traces qui pourraient servir à rétablir une magistrature, dont les effets avantageux en général sont par dessus tout, propres à l'établissement et au maintien de la législation nouvelle et à l'uniformité de son application. Il est en Angleterre quelques espèces de procédures criminelles, rares à la vérité, mais qui cependant ne sont pas entièrement oblitérées par le non-usage, dans lesquelles le prévenu ou accusé est poursuivi d'office et au nom de la cou-

justice, et informer le gouvernement de tous les abus réels ou éventuels: mais cette surveillance se borne à la marche de la justice seule; un magistrat qui se prêterait à une surveillance d'un autre genre, se rendrait indigne de sa charge; ce serait l'avilir, que de le charger du rôle d'espion par toute autre surveillance. Cette observation est particulièrement nécessaire, pour rectifier les idées d'une nation, à laquelle les fonctions élévées du ministère public sont inconnues.

(1) *Esprit des Instit. judiciaires. L.* 4, *ch.* 15. *L.* 7, *ch.* 7 *et L.* 8, *ch.* 16 et 17.

ronne (1), par un magistrat spécial connu sous le nom de Procureur-Général (*Attorney general*) : c'est un vestige du ministère public qui se trouve en Angleterre, et comme il existe, il ne serait pas impossible de s'en emparer. Ce Procureur-Général est, comme tel, un des conseillers du Roi, et a séance au conseil privé, de même que le Solliciteur-Général (2) dont les fonctions un peu analogues pourraient être rapportées à la même institution. Ce Procureur-Général, magistrat amovible, fesant partie des conseils de la couronne, et par conséquent connaissant ou censé connaître les intentions précises du gouvernement, et placé de manière à pouvoir soumettre directement à ce gouvernement les améliorations nécessaires dans la législation, par rapport à des lacunes, à des obscurités, à des antinomies, que l'expérience aurait fait reconnaître dans la loi écrite, réunirait en sa personne toutes les qualités que j'ai démontrées ailleurs être requises dans le chef de la partie active de la magistra-

(1) Il n'y a que douze ans que le nommé William Hone a été poursuivi à la requête du Procureur-général : cette accusation a été portée devant la cour du banc du Roi à Londres, le 18, 19 et 20 Décembre 1817. Les derniers jours de l'année 1829 en ont offert un autre exemple.

(2) Il n'y a pas longtems que Mr. Wetherell a été destitué de sa charge pour avoir voté contre l'émancipation Catholique. A défaut de connaissance des usages Anglais, les journaux ultra-monarchiques en France ont cru reconnaître dans cette démission, une épuration de la magistrature, et l'ont citée comme justifiant les déstitutions des Procureurs-généraux et autres fonctionnaires Français après un changement de ministère : c'est qu'ils ignoraient que Mr. Wetherell fesait, à raison de sa charge, partie du cabinet, ou conseil privé du Roi.

ture (1). Ce serait lui qu'on pourrait, dans le sens même de la constitution Anglaise, investir des fonctions du ministère public, qu'il ferait exercer par des substituts (2), appelés d'après la hiérarchie des tribunaux, dont nous aurons bientôt à nous occuper, et sur l'étendue entière du Royaume, dans tout lequel on pourrait dire comme en France que » le ministère public est un."

Ce serait bien encore une puissante innovation, que celle de l'introduction d'une partie active dans les tribunaux de l'Angleterre; mais, si d'un côté ce moyen se concilierait avec les charges de magistrature et la constitution politique de ce Royaume, ce qui déjà n'est pas un avantage à dédaigner pour une institution nouvelle, de l'autre coté elle présente des effets tellement favorables et patens, qu'elle ne pourrait guère manquer d'être accueillie favorablement par la nation elle-même, indépendamment de l'opinion des magistrats, des jurisconsultes et des publicistes. En Angleterre chaque lésé poursuit la vengeance du crime ou du délit par lequel il a été offensé; c'est lui qui est tenu des frais, qui est responsable des dommages-intérêts et indemnités que peut obtenir un accusé reconnu innocent ou non convaincu; c'est lui qui doit en grande partie se

(1) V. *Esprit des Inst. judic. L.* 8, *ch.* 16 et 17.

(2) On en retrouve des traces dans les *Kings serjeants* dont le titre pourrait être conservé pour désigner ces substituts, sans blesser les usages reçus. En admettant cette dénomination pour les substituts du Procureur-général, on pourrait conserver le titre de *common serjeants* pour les substituts du second degré: les dénominations de *coronar*, de *kings attorney*, ou de *master of the crown' office* leur pourraient être également appliquées.

donner la peine de rechercher les preuves du crime: aussi, la loi ne laisse-t-elle pas à sa simple volonté de donner suite à son accusation ou de l'abandonner, et prévoyant d'avance les effets du découragement de l'accusateur par suite des désagrémens qu'il éprouve, elle exige de lui, dans plusieurs cas, l'engagement formel de donner suite à son accusation (*bound over to prosecute*): il en résulte que nombre de crimes demeurent impunis à défaut de poursuite; que tout ce qui n'est pas de la plus haute importance, est soustrait à la connaissance des tribunaux par des transactions, encouragées même lorsqu'il ne s'agit que de délits légers (*misdemeanors*); et que par ce moyen, de légères transgressions impunies forment les auteurs à des entreprises plus hardies et aux plus grands crimes. Cette conséquence funeste est reconnue et sentie par toute la population, et la nation elle-même irait au devant d'une magistrature forte et permanente, chargée d'office, et aux frais de la couronne, de poursuivre sans relâche le crime dans toutes ses formes, pourvu que la procédure criminelle offrît des garanties assez sûres aux accusés contre toute condamnation injuste (1). On serait bien aise, et je crois qu'on peut en être assuré d'avance, de rencontrer une pareille institution, à laquelle on passerait même volontiers l'influence, quoiqu'entièrement neuve et insolite, sur les causes civiles.

Une seconde innovation de la justice, quoiqu'en rela-

(1) C'est dans le même sens que le citoyen Anglais doit être rassuré, que le ministère public ne sera pas détourné de son institution première, ni employé comme un espionnage organisé.

tion moins directe avec l'introduction d'une loi nouvelle, écrite et sanctionnée, serait celle de rapprocher cette administration des habitans. Les juges de paix sont assez nombreux et assez repandus sur toute l'étendue du païs, pour satisfaire à tous les besoins, mais leurs fonctions judiciaires sont d'une importance si minime, qu'elle est presque nulle; chargés de tous les premiers soins de la procédure criminelle et de ce qui constitue la partie essentielle de la police judiciaire en Angleterre, ils exercent encore dans les *quarter sessions* beaucoup de fonctions de la police administrative; leur juridiction au civil ne s'étend pas au delà des causes où l'objet en litige se monte à quarante shellings (vingt-cinq florins des Pais-Bas, cinquante francs de France, vingt florins d'Autriche), somme très petite partout, mais surtout en Angleterre, où la circulation plus fréquente de l'argent, et les prix extrêmement élevés de tous les objets, même de première nécessité, ont de beaucoup diminué la valeur relative du numéraire. Il est de rigueur dans une bonne organisation judiciaire, que la justice soit rendue par des tribunaux dans toute l'étendue du païs, et que chaque habitant ait la faculté de recourir aux remèdes judiciaires, sans des déplacemens dispendieux et difficiles, qui peuvent souvent équivaloir à un déni de justice, lorsque les parties obligées d'implorer l'intervention du magistrat se trouvent être des personnes sans fortune ou chargées d'occupations, ou bien lorsque l'objet en contestation n'est pas d'une importance majeure. Il est sans doute d'une impossibilité absolue d'établir des tribunaux dans chaque lieu, même

dans chaque ville ou village; les magistrats doivent recevoir des appointemens ou émolumens pécuniaires, ou ils doivent être payés par des marques de considération; la trop grande multitude des tribunaux occasionnerait des frais immenses, et détruirait les égards qui peuvent quelquefois remplacer les indemnités; l'exercice de l'autorité judiciaire disséminé entre trop de sièges ne laisserait rien à chacun, et diminuerait la considération due aux tribunaux; la rareté des causes à chaque justice ne permettrait pas à des jurisconsultes de talent de faire une profession de l'exercice de ces talens; les connaissances en droit languiraient, et la justice elle-même serait déconsidérée (1): mais comme les plaideurs ne sont pas introduits dans l'intérêt des magistrats et du barreau, qu'au contraire le juge comme l'avocat n'a été institué que dans l'intérêt des habitans, c'est d'après quelques bases fixes et d'après les localités, que les circonscriptions judiciaires doivent être déterminées, ayant égard à

(1) Indépendamment de tous ses autres défauts, la loi sur l'organisation judiciaire du Royaume des Païs-Bas, du 18 *Avril* 1827, est entachée du vice radical d'instituer dix-huit cours d'appel sur le territoire de ce Royaume. Si cette loi était jamais exécutée, on verrait bientôt les places de conseiller mal payées, et ce qui est pis encore déconsidérées, rejetées par tous ceux qui auraient quelque droit à l'estime et au respect, quelqu'espoir de succès, devenir le partage d'hommes qui, dénués de mérite et de confiance, s'estimeraient hors d'état de se pousser eux-mêmes, ou de pourvoir à leurs premiers besoins. A défaut de causes, les barreaux seraient désertés par tous ceux qui se sentiraient appelés à une vocation plus digne, ils deviendraient le réfuge de ceux qui ne trouveraient d'autres moyens de subsister que la chicane. Et dans un court espace de tems, l'administration de la justice serait réduite au degré le plus bas auquel elle puisse descendre.

la population, à l'étendue et à l'activité de chaque district, ainsi qu'à la facilité des communications de chaque point du district avec le lieu, auquel est attribué le siège du tribunal.

Après avoir ainsi fixé la résidence et la circonscription de la juridiction de chaque tribunal, lequel comme le premier degré de magistrature et celui auquel les citoyens ont leur premier recours, est le tribunal de première instance, il convient dans une bonne organisation judiciaire, qu'il y ait un moyen de recours, un appel contre les jugemens de ces tribunaux, un second degré de juridiction. Ce n'est pas que la loi attribue aux juges d'appel une plus grande confiance qu'à ceux de première instance; autant vaudrait alors porter immédiatement aux magistrats du second degré la connaissance de l'affaire dont on dépouillerait les premiers juges réputés indignes de la confiance du législateur; mais après un premier examen, et le prononcé d'un jugement par des magistrats intègres et impartiaux, les parties elles-mêmes sont mieux instruites de leurs droits et obligations, elles connaissent mieux les difficultés qui ont pu déterminer contre eux la décision des premiers juges, les motifs de la sentence précisent avec plus d'exactitude l'état de la question; et sinon toujours, du moins bien souvent l'instruction de l'affaire est plus soignée et dirigée avec plus d'exactitude en appel qu'en première instance, les magistrats qui ont à décider sont mieux informés, tant par l'instruction plus complète que par l'opinion des premiers juges (1), ils sont appelés à une

(1) Il est vrai que les premiers juges embrouillent quelquefois les

décision plus importante, et la circonstance même qu'ils doivent juger en appel les engage à un examen plus scrupuleux (1); et c'est là le véritable motif d'une seconde instance. Comme cependant cette seconde instance n'est pas aussi nécessaire que le premier recours au magistrat, comme elle n'est pas indispensable pour obtenir l'exercice des droits de chaque citoyen, comme celui qui provoque a déjà contre lui une présomption défavorable résultant du premier jugement, ce n'est que dans des causes d'une importance plus grande, comme en faveur des plaideurs plus fortunés ou plus obstinés qu'on a recours à ce remède; et il n'existe aucune raison pour ne pas exiger de plus grands sacrifices de celui qui veut attaquer la décision d'un magistrat impartial, que de celui qui implore l'autorité judiciaire contre un autre individu, lequel se refuse ou qu'on prétend se refuser à satisfaire à ses obligations: les tribunaux d'appel ne doivent pas nécessairement être également à la portée de chacun des habitans. D'ailleurs le tribunal d'appel étant appelé à

---

affaires plus qu'ils ne les éclaircissent: c'est un inconvénient inévitable, mais dans ces cas même, une seconde instruction répand encore généralement plus de lumière sur la cause.

(1) C'est ce qui, pendant la révolution en France, avait justifié les appels réciproques: institution assez bizarre au premier abord. *V. Esprit des Inst. judic. Livre 7, ch. 4.* Je ne crois pas cette institution bonne ou digne d'être imitée, quoique dans son application, elle n'ait pas paru tout à fait aussi étrange, qu'on l'aurait supposé à la seule inspection de la loi. Le Code d'instruction criminelle qu'on suit encore en France, a conservé en partie ces appels (art. 200) quoique sensiblement modifiés; l'expérience apprend que les jugemens du même tribunal, sont plus soignés lorsqu'il prononce en appel qu'en première instance.

connaître d'un nombre bien moins grand de causes, puisque l'expérience prouve généralement, à quelques exceptions près, que dans le plus grand nombre d'affaires, le jugement de première instance est exécuté volontairement ou forcément sans recours d'appel, sa juridiction peut être étendue sans crainte d'encombrement sur une étendue plus grande que celle du tribunal de première instance; le nombre des tribunaux d'appel étant moindre, on pourra augmenter les avantages pécuniaires et honorifiques des magistrats, et les entourer d'une plus grande considération, ce qui sera d'une impression favorable: enfin, l'éloignement plus grand et la composition plus mêlée et plus soignée des magistrats qui y siègent, fera disparaître en appel de petites préoccupations et influences locales, qui peuvent dénaturer les jugemens de première instance (1).

L'établissement d'un tribunal de première instance, pour chaque district d'une certaine étendue déterminée par la distance du chef lieu aux extrémités, d'après la population et le plus ou moins d'activité et de vivacité dans les transactions commerciales et industrielles, et d'après quelques circonstances locales et phisiques, telles que les cours des rivières et les chaînes des montagnes ou autres accidens topographiques: celui des cours d'appel, dont la juridiction s'étend bien plus loin et embrasse les recours contre les jugemens de plusieurs tribunaux de première instance; une distribution de ces deux dégrés de

(1) Par une singularité des plus inconcevables, et sans aucun motif, la nouvelle organisation judiciaire du Royaume des Païs-Bas (Loi du 18 Avril 1827), en réduisant le nombre de tribunaux de première instance, porte celui des cours d'appel de trois à dix huit.

juridiction faite de manière à ne pas augmenter inutilement les dépenses, à ne pas diminuer en trop grande proportion la considération de la magistrature par un nombre démesuré de tribunaux peu occupés, peu fréquentés et par cela même peu rétribués, mal composés et moins influens; et à ne pas trop éloigner des intéressés le siège de l'administration de la justice, ce qui pourrait entraver les recours aux remèdes judiciaires, par la nécessité des déplacemens ainsi que par les délais et les dépenses qu'ils occasionnent; c'est dans notre idée l'un des premiers besoins de l'organisation judiciaire. Ce travail, pour être bien fait, dépend entièrement des circonstances locales (1), et on ne peut qu'indiquer les bases dont l'application doit être faite individuellement. Ce travail serait à la vérité neuf pour l'Angleterre; mais comme il importe toujours, autant que faire se peut sans inconvénient notoire, de se rapprocher de ce qui existe, de ce qui est connu ou familier et habituel; comme ce précepte est, plus que partout ailleurs, nécessaire à suivre pour celui qui veut donner des lois au peuple Anglais; il serait possible de le faire cadrer avec des institutions connues en Angleterre, en rétablissant les moindres tribunaux dits cours des comtés (*county-courts*) comme tribunaux

(1) Comme ces circonstances peuvent varier par le tems, par le développement de l'agriculture, de l'industrie, du commerce dans un lieu négligé, par le déchet des cantons les plus fortunés, la loi qui circonscrit les juridictions doit être susceptible de modifications, et surtout elle ne doit pas être regardée comme attribuant des droits aux places favorisées par le siège d'un tribunal: on tomberait par le tems pour la justice dans l'inconvénient des *rotten boroughs*.

de première instance, et de convertir en tribunaux permanens et de seconde instance ou d'appel les sessions actuellement temporaires tenues par les juges des cours établies à Londres, pour le jugement des affaires dites *nisi prius* et pour les assises tant civiles que criminelles (*Courts of assise and nisi prius*). Il n'y aurait qu'à fixer les sièges et les juridictions des tribunaux de première instance ou *county courts*, et à déterminer de même le placement des cours d'appel ou *courts of assise*, ainsi que l'étendue de leurs juridictions: peut-être serait-il nécessaire d'en créer de nouvelles, ou de ne pas rétablir toutes celles qui avaient existé: on aurait toujours formé la hiérarchie des tribunaux, sans heurter les usages anciens, les dénominations connues, et même les traditions historiques, et l'origine des tribunaux actuels. Les juges de paix se trouvant en dehors de cette circonscription, pourraient être bornés à leurs seules fonctions de police judiciaire et administrative.

La troisième grande innovation dans l'organisation judiciaire, que nous croyons indispensable pour le maintien d'une législation nouvelle écrite et sanctionnée en termes exprès, innovation dont le manque est un des grands motifs qui ont contrarié l'application exacte et uniforme de la plupart des codes écrits, notamment tous ceux de l'Allemagne, c'est l'institution d'une cour suprême et régulatrice destinée à juger, non les causes des individus, mais les arrêts des cours et tribunaux; dont l'autorité planant sur toutes les décisions judiciaires, celles mêmes qui sont acquiescées par les parties, soit par ignorance de leur droit, soit par défaut de moyens pour soutenir les procédures, soit par amour du repos et de

la tranquillité, soit par connivence à l'introduction d'un abus ou la réintroduction d'une coutume ancienne, puisse retenir des juges passionnés contre les dispositions nouvelles, et rectifier les erreurs commises volontairement ou par mégarde dans les jugemens. Il faut, pour qu'une loi nouvelle soit maintenue dans son intégrité, qu'elle ne devienne pas le jouet du caprice ou de l'ineptie des juges, qu'elle ne soit pas étouffée sous les anciennes habitudes, ou sacrifiée aux lois abrogées qui continueraient de subsister aux yeux des personnes préoccupées ou ignorantes, qu'une cour suprême et unique ait le pouvoir de casser et d'annuller soit sur la demande des parties intéressées, soit même d'office et sur la réquisition des magistrats chargés de veiller au maintien des lois, tous les jugemens rendus contre les dispositions législatives, ceux dans lesquels les juges ont excédé leur pouvoir et violé la loi, ou à l'égard desquels n'ont pas été observées les formalités que le législateur aurait préscrites comme indispensables. Nous avons donné ailleurs l'idée du mécanisme, et nous avons développé fort au long les avantages inappréciables d'une cour régulatrice, investie du pouvoir de casser les arrêts des cours inférieures sur la demande des parties, ou même d'office (1): et quoiqu'il y ait plus d'une raison pour ne pas attribuer à cette cour elle-même la faculté de juger au fond, et de lui imposer, comme en France (2), l'obligation de renvoyer la décision définitive à un autre tribunal égal à celui qui a rendu le jugement cassé et annullé, cepen-

(1) *Esprit des Instit. judic.* L. 8. Ch. 9, 10 et 11.
(2) *Esprit des Instit. judic.* L. 7. Ch. 6.

dant cette dernière disposition n'est pas aussi rigoureusement nécessaire (1). Nous voudrions donc qu'après l'introduction d'un code nouveau, l'Angleterre ait une cour suprême et régulatrice, à laquelle soit confié le pouvoir destiné au maintien du code dans toute sa pureté et l'uniformité de son application; c'est-à-dire qui ne jugeât que le jugement lui-même, sans s'embarrasser des faits qui ont donné lieu à la décision.

Heureusement pour l'introduction d'un nouveau code en Angleterre, ce Royaume possède une cour qui exerce une juridiction semblable ou analogue, dans son sistême de procédure actuelle. Tous arrêts rendus en dernier ressort, quelle que soit l'autorité de laquelle ils puissent être émanés, sont sujets à être attaqués devant la Chambre Haute du Parlement, devant la cour des Pairs, en vertu d'un recours connu sous le nom de *writ of error*, et sous prétexte d'erreur. Anciennement, cette erreur pouvait être fondée tant sur le fait que sur le droit, et le recours était un véritable appel (2); mais depuis

(1) A la rigueur, la cour régulatrice pourrait décider elle-même le point de droit, et pourvu que la règle fût bien garantie, que les faits ne peuvent être soumis à un second examen, le grand inconvénient de la concentration de trop d'autorité dans cette cour pourrait être diminué; c'est ce qu'on a voulu établir dans la loi sur l'organisation judiciaire du Royaume des Païs-Bas du 18 Avril 1827. Cette modification du principe fait cependant disparaître la possibilité de reconnaître indubitablement, qu'il y a lieu d'interpréter ou de changer la loi, à raison d'une opposition entre les cours et tribunaux sur son exécution: avantage qui n'est pas à dédaigner.

(2) *Lord Hale, jurisdiction of the Lords House or Parliament*, Ch. 27. Cependant, dès lors le recours pour erreur de fait était tellement tombé en désuétude, que ce savant juge déclare lui-même

bien longtems, l'usage de proposer des erreurs de fait étant tombé en désuétude, le recours à la chambre des Pairs n'a plus lieu que pour erreur de droit, ou en d'autres termes ponr fausse application de la loi (1). La chambre des Pairs est donc essentiellement cour de cassation: il n'y aurait, ponr la rendre parfaitement applicable à un nouveau sistême de législation, qu'à introduire quelques modifications qui pourraient se réduire aux trois suivantes. La première, que les cassations ou du moins les recours pouvant devenir plus fréquens, lorsqu'il existe une loi écrite et positive, il sera nécessaire qu'il y ait une cour spéciale et permanente qui puisse vaquer à ces affaires, tandis que la chambre des Pairs pourrait être distraite de ces fonctions par ses autres attributions plus importantes pour le bien-être général, ou qu'en cas de prorogation ou dissolution du parlement, elle ne pourrait se réunir: cette modification serait en elle-même très simple, et on pourrait se fonder à cet égard sur un statut actuellement existant, quoique tombé en désuétude (2), par lequel une commission spéciale était nommée et désignée pour juger les plaintes portées contre les jugemens pendant les intervalles des sèssions du Parlement, sauf à en référer au Parlement si la cause paraissait trop ardue. Lors donc que la chambre des Pairs déléguerait à une cour spéciale le pouvoir de casser les arrêts contraires aux lois établies, soit sur le fond du droit, soit

qu'il aurait été embarrassé de l'instruction d'un fait mis en question devant les Pairs.

(1) *Blackstone comment.* Lib. 3. Ch. 4. N°. 10.

(2) Statut de la 14e année du Roi Edouard III. Ch. 5.

sur la procédure, c'est-à-dire pour fausse application de la loi ou pour violation des formes, il serait pleinement satisfait au vœu du législateur, sans porter aucune atteinte à l'organisation existante de la justice: on pourrait même s'emparer de la dernière partie du statut, et enjoindre à la cour ou commission de cassation, lorsque la contrariété d'arrêts prouverait un défaut dans la loi, d'en référer à la chambre des Pairs, laquelle alors, comme branche du pouvoir législatif, pourrait prendre l'initiative sur un changement dans la loi, ce qui suppléerait à une disposition à peu près semblable dans la loi Française (1) dont nous avons déjà eu l'occasion de parler, et qui n'est que le complément nécessaire de la cassation.

Une seconde modification à l'usage actuel serait de borner la décision de la cour des Pairs, de la cour ou commission de cassation qui la remplacerait, à la cassation seule, sans qu'elle se mît en peine de juger de nouveau le fond, lequel pourrait être renvoyé à une cour inférieure, sauf un nouveau recours: en d'autres termes, que la cour se bornât à décider s'il y a erreur ou non. Nous avons déduit ailleurs (2) les motifs graves qui militent en faveur de cet usage adopté en France, de ne pas laisser à la cour régulatrice le pouvoir de pronon-

(1) *Loi du* 16 Septembre 1807 qui déclare qu'il y a lieu à interpréter la loi, en cas d'opposition entre les arrêts des cours royales et de celle de cassation: nous avons également déjà parlé du changement notable fait à cette loi, en ce que l'interprétation n'est plus donnée par un arrêté, mais par une loi nouvelle et le concours des trois branches du pouvoir législatif.

(2) *Esprit des Inst. judic. L.* 8. *ch.* 9.

cer sur l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt cassé : et c'est encore ce qui, pour l'Angleterre, pourrait être fondé sur les anciens statuts et usages (1). Mais quand même cette modification serait entièrement nouvelle, nous croyons qu'elle pourrait être facilement insérée dans la délégation que donnerait la chambre des Pairs à la cour ou commission de cassation, attendu que le pouvoir le plus étendu renferme nécessairement le moindre, et que rien n'empêcherait actuellement la chambre des Pairs, après avoir déclaré qu'erreur est intervenue, de renvoyer le *record* et le jugement à telle cour qu'elle désignerait pour être fait droit (2).

Enfin, la troisième modification serait celle qui autoriserait le pourvoi en cassation d'office et dans le seul intérêt de la loi, lors même que les parties acquiesceraient à l'arrêt rendu, sans que la décision nouvelle puisse influencer leurs droits. Nous avons également ailleurs expliqué la grande utilité de cette disposition (3); et quant à l'Angleterre, cette disposition entièrement

---

(1) V. les anciennes formules ap. Lord Hale *jurisdiction of the Lords house, chapt.* 28, et particulièrement celle dans la cause du Prieur de Mortagne l'an 8 du Roi Richard 2.

(2) De même que la décision peut-être un renvoi au Sherif » quod tam de seisinâ et restitutione quam de exitibus perceptis, » secundum legem et consuetudinem regni plenam executionem fieri » faciat." Comme dans la cause du Prieur de Mortagne : ou bien » et superinde recordum et processus per curiam parliamenti curiae » Domini legis etc. — remittuntur et in eâdem curiâ coram dicto do- » mino rege jam resident" etc. *Lord Hale ibid.* » Par quoy en le dit » parlement était dit al justices, qu'il aillent à render jugement." *Lord Hale, chapt.* 19.

(3) *Esprit des Instit. judic. L.* 8. *ch.* 11.

nouvelle, pourrait cependant être rattachée aux anciens statuts de Marlebridge (1) qui admettent comme une prérogative royale de faire statuer dans sa cour sur les faux jugemens rendus dans les cours des vassaux. Ce serait en vertu de cette prérogative, que le chef de la magistrature active, le Procureur général, pourrait poursuivre, ou faire poursuivre par le Sollicitèur général, devant la cour des Pairs ou celle de cassation qui la remplacerait, l'annulation, dans l'intérêt de la loi, des arrêts contraires au nouveau code, quoique acquiescés.

Après avoir indiqué la manière comment nous croyons possible de faire un code de lois écrites pour l'Angleterre, et d'en assurer l'exécution pleine et uniforme, il nous reste encore à ajouter une seule observation, qui, si elle paraîtra oiseuse aux yeux de la plûpart des jurisconsultes du continent, ne sera peut-être pas la moins intéressante aux Anglais : il s'agit de la différence entre ce qu'on appelle le *droit* et *l'équité*, ainsi que la juridiction *légale* ou *équitable* des différentes cours et tribunaux. Il n'existe aucun doute que l'équité, en termes de droit Anglais, ne soit partie de la loi commune tout comme la loi stricte, et que c'est une erreur, un abus de paroles de supposer que dans la procédure équitable, le juge soit plus maître de s'écarter des dispositions législatives ou des précédens. La seule

(1) Ces statuts de la 52me. année du règne de Henri III (1236) portent chap. 20. » nullus excepto domino rege teneat placitum » in curiâ suâ de falso judicio in curiâ tenentium suorum, *quia* » *hujusmodi placita specialiter pertinent ad coronam et dignita-* » *tem domini regis.*"

différence se rapporte à ce que l'examen du juge, et les voies qu'il peut prendre afin de parvenir à la connaissance du fait, sont plus étroitement limitées dans les cours de droit que dans celles d'équité, de même que chez les anciens Romains, les juges pédanéens étaient plus bornés dans leurs recherches, lorsque le Préteur leur donnait une formule stricte et étroite (comme dans les actions appelées par ce motif *stricti juris*), que lorsque leur instruction était plus large et leurs pouvoirs plus étendus (comme dans les actions *bonae fidei* et *arbitrariae*). Il est clair que cette différence, entièrement basée sur les usages anciens, et sans utilité directe depuis qu'on peut à volonté transférer les procédures d'une cour de loi à une cour d'équité, ne peut être continuée sous une loi nouvelle. Mais quel sera le résultat de la suppression de cette différence? Quels ne seront pas les inconvéniens qui en résulteront? Quelle sera la confusion que cette suppression occasionnera? Cette objection se présente naturellement à chaque jurisconsulte ou praticien Anglais, et nous la regarderions peut-être comme insoluble, d'autant plus que nous n'avons jamais prétendu connaître toutes les finesses du droit Anglais. Heureusement qu'ici l'expérience vient à notre secours, et qu'il en sera comme après la suppression entière des formules données par le Préteur aux juges pédanéens: toutes les actions devinrent arbitraires (1); c'est-à-dire que dans toutes, les juges

(1) *Gudelinus, de jure novissimo, cap.* 14. *Ulr. Huber, praelect. ad Tit. Inst. de actionibus*, N°. 31 *et* 32 (je sais que Noodt *de Jurisd. et imperio Lib. I* C. ult. a établi la thèse contraire, mais ce sont ses argumens mêmes qui prouvent la vérité du fait, pourvu

eurent les pouvoirs les plus étendus; que par conséquent en Angleterre tous les juges, et dans tous les cas, pourront disposer des moyens bornés actuellement aux seuls juges d'équité.

Cinquième Lettre.

J'ai terminé ce que j'avais à vous dire; et comme mes observations sont devenues plus étendues que je ne l'avais prévu (il est si difficile de se borner lorsqu'on traite un sujet dont on est pénétré), je me permettrai, avant de clorre mon travail, de résumer en peu de mots ce que j'ai dit, et de vous offrir une petite récapitulation de la marche de mes idées. Je n'entrerai plus dans aucun développement, mais je me flatte que votre amour pour la science, et l'intérêt que vous portez à l'utilité publique vous auront donné la patience de suivre les détails (peut être trop longs et fastidieux) que je vous ai soumis: et je vous suppose par conséquent familiarisé avec mes idées.

Convaincu par le malaise général qui se fait sentir en

---

qu'on y substitue d'autres termes, et qu'on examine le fond du droit et non les expressions), il ne s'agit pas de savoir si la différence a continué d'exister de nom, mais de fait. Une révolution pareille s'est opérée dans la procédure criminelle des Romains, et toutes les accusations sont devenues extraordinaires. *L.* 8. *D. de publicis judiciis.*

Angleterre, par les discours et les écrits des principaux jurisconsultes et publicistes, par les essais multipliés d'un ministre éclairé et judicieux, par les propositions et les discours des membres les plus éloquens et les plus doctes du Parlement, tant dans la chambre des Pairs que des communes, que l'état de la législation, du droit, de la procédure et même de la jurisprudence en Angleterre exige des réformes et des améliorations; également convaincu que l'introduction d'un code basé sur des principes de droit et d'équité naturelle, adapté aux mœurs, aux habitudes, aux besoins d'une nation et à la forme de son gouvernement, rédigé avec soin et avec précision, conséquent dans les corollaires qu'il déduit de quelques principes généraux, stable quoique non immuable, accessible à tout le peuple, garanti contre l'abus des innovations de la part du gouvernement, et bien plus encore contre les excès de pouvoir de la part des magistrats et des usages locaux, est le plus grand bienfait dont un gouvernement sage et éclairé puisse gratifier une nation; j'ai voulu essayer s'il ne serait pas possible de contribuer à procurer et à assurer à la nation Anglaise ce bienfait, et d'utiliser à ce dessein des connaissances que m'ont fait acquérir de longs travaux et des méditations profondes, d'y faire servir les recherches dont je me suis longtems occupé, et que j'ai données au public, qui a bien voulu les accueillir favorablement dans tous les païs.

L'école prétendue historique du droit en Allemagne à la suite de Mr. de Savigny, soutient qu'il est impossible de songer à une législation fixe et stable; qu'une

législation n'étant que l'expression des besoins d'une nation à certaine époque, elle devrait varier avec ces besoins et cette époque; que l'exemple des jurisconsultes Romains est décisif: que d'ailleurs si Justinien avait fixé la législation de son tems, si, pendant des siècles, l'œuvre de Tribonien a fait l'admiration de la postérité, et si toutes les nations se sont empressées à l'envi de lui rendre hommage et de se soumettre à ses lois, ce n'est que par le mérite intrinsèque des ouvrages des jurisconsultes que Tribonien a tronqués, mutilés, falsifiés et réunis à tout hazard (sans les comprendre ni en saisir l'excellence) dans l'ouvrage informe du Digeste, et qu'il serait désirable, que tout jurisconsulte devrait coopérer, toute science de droit tendre à rétablir ces jurisconsultes, et à se replacer à l'époque heureuse, où Tribonien n'avait pas encore osé porter une main sacrilège sur ce sanctuaire de la science du droit: que bien moins encore à l'époque actuelle, dans laquelle nous avons perdu toute véritable jurisprudence et dans laquelle envain nous cherchons le feu sacré sous les cendres, nous pouvons espérer d'obtenir une législation un peu tolérable, ce qui est incontestablement prouvé par les essais malheureux de codification en Allemagne et surtout en France, où l'ignorance domine les écoles de droit, où on ne sait poser aucun principe, ni déduire aucune conséquence: enfin, qu'il est absurde de désirer, impossible de faire une législation positive, stable et écrite, et que nous sommes à cet égard bien en arrière de nos ancêtres. J'ai vu cette école trouver des adeptes, ce cri rencontrer un écho dans d'autres parties de l'Europe;

je l'ai vu envahir une partie des universités des Païs-Bas; je l'ai vu faire des efforts pour s'introduire en France, où elle est prônée par un journal très estimable et très utile (1); j'ai vu enfin qu'en Angleterre plusieurs savans, moins versés dans l'étude du droit Romain, proscrit jusqu'à ce jour dans les universités d'Oxford et de Cambridge d'après d'anciens préjugés, et inutile à la pratique judiciaire, entrainés par l'autorité et la réputation colossale de Mr. de Savigny, craignant peut-être le reproche, qu'en cas de dissentiment des docteurs Allemands n'auraient pas manqué de leur faire au sujet du défaut de connaissance du droit Romain, et du grand argument tiré des lois Romaines, se sont traînés à la remorque de cette opinion subversive de toutes mes idées.

Fort de ma conviction basée sur l'expérience comme sur la théorie et confirmée par l'histoire des législations, appuyé de l'autorité des grands jurisconsultes Français, de Pothier, de Merlin, de Tronchet, de Portalis, de Malleville et autres, des principaux jurisconsultes théoriques et pratiques de l'Angleterre, de Bentham, de Brougham, et de celle du sécretaire d'État Peel, j'ai examiné les argumens de l'école historique; j'ai cru reconnaître qu'elle reposait sur des erreurs et des sophismes; j'ai osé

(1) *La Thémis.* Mr. Pardessus, dans le premier volume de sa collection des lois maritimes, qu'il m'a fait l'honneur de m'envoyer, paraît également pencher vers ce sistême. V. pag. 516. Mr. Lerminier vient de publier, sous le titre *d'introduction générale à l'histoire du droit*, un ouvrage dans lequel il reproduit toutes les doctrines allemandes; il s'est même tellement pénétré de la philosophie de Hegel, qu'au chap. 18 il en donne une esquisse, dont je n'ai pu réussir à comprendre une seule phrase.

différer d'opinion avec Mr. de Savigny, et j'ai commencé mon travail par vous exposer mes argumens contre sa théorie. J'estime, et je me flatte de l'avoir prouvé, que cette école confond l'étude de l'histoire avec celle du droit, et qu'au lieu de perfectionner la jurisprudence et de former des jurisconsultes, elle répand des lumières nouvelles sur des points intéressans de l'histoire ancienne et des antiquités Romaines, substituée à la science des lois, et qu'elle ne peut former que des antiquaires : que Mr. de Savigny et ses adhérens se sont complettement abusés sur les motifs de l'excellence du droit Romain, et qu'ils ont attribué cette excellence à ce qui en fait la honte; que par le fait, ils travaillent à démolir le superbe édifice construit avec beaucoup de peine par les soins et le génie de Tribonien, monument digne de la réputation de son auteur, respectable par son antiquité, et surtout remarquable par l'admiration qu'il a inspiré à la série des siècles qu'il a traversés intact et dans toute sa splendeur, pour rechercher dans les décombres la confusion intolérable, qui avait contribué pendant longtems aux malheurs de la décadence de l'Empire : qu'enfin il y a erreur manifeste dans ce qu'on a avancé par rapport aux législations nouvelles, et surtout à celle de France, qui s'élève glorieusement au-dessus des autres par les talens pratiques de ceux qui ont concouru à l'établir, par les soins qu'on a mis à une rédaction favorisée et facilitée par le génie de la langue Française, par les précautions prises d'avance contre les anciens usages et leur maintien, contre les excès d'autorité des juges et les usurpations de la coutume. J'ai

commencé par développer ces idées et par combattre successivement la méthode de l'école historique avec les raisons données pour cette méthode, et la conséquence qu'on en déduit contre la possibilité et l'utilité de la codification en général.

Après avoir ainsi réfuté la grande objection de l'école historique contre la codification en général, et avoir en même tems suffisamment éclairci ce que je crois nécessaire pour établir une législation positive, écrite, conforme aux usages d'une nation et suffisante à ses besoins, pour en assurer l'exécution uniforme dans tout le païs, et applanir les difficultés qui pourraient se manifester par suite des défauts qu'il est impossible à la faiblesse humaine de prévenir entièrement, je me suis appliqué spécialement à ce qui pourrait convenir à l'Angleterre, et à la nation Anglaise si attachée à ses habitudes, à ses traditions, et à la forme de son gouvernement, mais accoutumée à voir traiter publiquement tout ce qui tient à son intérêt général, à examiner les argumens pour ou contre chaque sistême, à s'immiscer plus ou moins directement aux discussions et à combattre le préjugé par la conviction.

J'ai cru qu'il fallait commencer par consulter l'expérience et l'état actuel du droit Anglais, ce qui ne pourrait se faire qu'en formant un recueil de la *loi commune* d'après le modèle des Digestes du droit Romain, et de la *loi statutaire* sur le modèle du Code de Justinien; ces recueils ayant constaté l'état actuel du droit Anglais ferait connaître le résultat des usages, des habitudes de la nation, les besoins de l'époque. Celui qui serait chargé de l'ouvrage

important de la législation, devrait se pénétrer de ce droit, afin d'en tirer les principes dirigeans des dispositions législatives, et sur ces principes franchement énoncés, établir les conséquences les plus importantes et les plus fertiles en résultats. En remontant de l'état actuel aux principes qu'il présuppose, et qu'il convient d'énoncer avec franchise et de poursuivre avec conséquence de corollaire en corollaire, il résultera d'abord que toutes les fictions du droit, lesquelles ne doivent leur origine qu'à l'opposition entre les principes que le besoin fait suivre, et ceux produits par les anciennes idées qui se continuent par l'habitude, disparaîtront d'elles-mêmes devant l'aveu des nouveaux besoins amenés par les progrès de l'état de la société, et que par cet effet seul, la théorie des lois sera simplifiée et débarrassée d'un grand nombre de longueurs fastidieuses et dispendieuses, qui sont le fléau des intéressés obligés de recourir à la justice, dont elles consument le tems et les moyens en formalités inutiles, comme des jurisconsultes excédés et dégoutés par des détours inutiles, qui souvent craignent de se perdre dans un dédale de fictions ingénieuses et subtiles dans le principe, mais dont la signification ancienne perdue par le tems ne laisse aucun fil pour les guider. Ces principes, suivis dans leurs conséquences même éloignées, et modifiées par les limitations ou les exceptions que d'autres principes amènent, ou que l'empire des circonstances exige, sans cependant jamais descendre aux individualités, formeront une législation dont le fond reposera sur les habitudes mêmes de l'Angleterre, et dont la conséquence en elle-

même sera garantie par les talens et la logique de celui auquel on confie une œuvre d'une importance si majeure.

La loi ainsi constituée devra être rédigée d'une manière claire et concise; ce qui sera d'autant plus facile, que les idées du législateur seront plus conformes aux principes une fois adoptés (1) et qu'il pourra les énoncer avec franchise et sans scrupule. L'embarras des idées amène l'obscurité des expressions, et rien ne nuit plus à la facilité de s'énoncer, que de vouloir, en cacher ou voiler en partie le sens (2): si les idées du lé-

(1) » Ce qui se conçoit bien s'énonce clairement." *Boileau.*

(2) C'est ce qu'on a vu souvent lorsque le législateur s'est senti au dessus des idées reçues, et que cependant il craint de choquer le préjugé. La législation Française en offre deux exemples frappans. Rien de plus absurde et de plus inconséquent que les lois contre l'usure. Mr. Bentham les a victorieusement combattues dans un ouvrage spécial; sans connaître son travail, j'ai établi la même théorie dans un mémoire couronné par l'Académie du Gard à Nîmes et publié à Amsterdam en 1808. Il y a quelques années que Mr. Onslow a fait une motion dans ce sens à la Chambre des Communes du Parlement Britannique; j'ignore quel en a été le résultat. Le Code civil de France a timidement consacré cette théorie à l'art. 1907; mais une loi postérieure du 3 Sept. 1807 a rétabli l'ancienne prohibition. Anciennement les Romains ne connaissaient de compensation qu'entre créances de sommes d'argent ou de choses fongibles de même nature; l'extension du commerce doit également étendre la compensation à toutes espèces de créances, dont l'objet est assez courant, pour que la valeur en devienne commensurable en argent au moyen des mercuriales ou prix-courans. La seconde partie de l'art. 1291 du Code civil rend hommage à ce principe, qu'annoncent les orateurs qui ont présenté cet article; mais ce n'est qu'en passant qu'il est indiqué, comme si on eut tremblé de l'énoncer avec franchise et d'en déduire les conséquences si importantes, surtout en matière de commerce, même en avouant ouvertement le principe incontestable.

gislateur sont nettes, et s'il ne craint pas d'aborder ouvertement toutes les difficultés; il ne lui faut que la connaissance de la langue et des termes techniques, pour expliquer avec brièveté et concision ces idées dans toute leur étendue. Le législateur doit de plus éviter toutes longueurs et répétitions, l'emploi des mêmes mots dans des acceptions différentes, comme celui de termes variés pour exprimer la même chose; enfin toute définition, toute division, toute distinction, qui ne soit impérative et sacramentelle. Il laissera les explications à la doctrine, qu'il encouragera autant qu'il pourra, et dont il donnera lui-même l'exemple, en accompagnant la présentation de son code d'une justification sistématique et raisonnée des principes qu'il pose, des suites ou conséquences qu'il en déduit, des exceptions qu'il admet aux règles générales, de sa rédaction même et de l'emploi ou de la suppression de quelques mots ou termes d'usage général ou entièrement inusités. Ce commentaire servira non seulement d'encouragement et de base première à la doctrine, mais facilitera encore les observations, les objections et leurs solutions, l'interprétation de la loi; il guidera la discussion publique, tant devant les différentes branches de l'autorité législative, que devant ceux qui consacrent leurs loisirs à l'examen du projet de code, dans les journaux ou dans des brochures et des ouvrages publiés à dessein, et qui éclaireront l'opinion nationale; surtout, il sera d'une utilité indispensable lorsque, le nouveau code une fois sanctionné, il sera question d'en appliquer la disposition aux espèces qui se présenteront devant les tribunaux.

La justification sistématique du projet de code; la ventilation publique de tous les argumens, soit pour ou contre une législation, aura préparé les esprits; et si, après cette épreuve, les principes, la conséquence dans les corollaires et la rédaction peuvent soutenir celle de la discussion officielle et publique, si la loi mérite l'assentiment des deux chambres du Parlement et la sanction royale, il y aura un grand pas de fait pour acquérir la confiance nationale. Ce sera encore une raison de plus pour faire désirer son introduction franche et générale, et pour lui assurer l'affection du peuple en masse, si cette législation présente deux avantages qui manquent à l'état actuel de l'Angleterre; le premier, d'assurer à chaque individu le recours à la justice et l'appui de la magistrature, sans déplacement et sans les frais énormes et la perte non moins considérable de tems qu'occasionne ce déplacement; le second d'établir une magistrature active et permanente, chargée de veiller à la sûreté et à la tranquillité publique et individuelle, et de poursuivre d'office les crimes sans que les poursuites soient aux frais des lésés, et sans qu'ils soient obligés de se donner les peines et de s'exposer aux désagrémens et aux tracasseries qu'entraînent nécessairement ces poursuites. Ces deux avantages, qu'on pourra reconnaître dans la loi, opéreront même sur l'esprit public, avant que son introduction n'en ait fait apprécier plus positivement les effets, pourvu toutefois que la loi ait accordé des garanties suffisantes pour prévenir tout excès de pouvoir, toute vexation arbitraire, toute condamnation prononcée contre un accusé innocent, et tout espionnage organisé.

Pour parvenir à ce but, ainsi que pour assurer l'exécution stricte et uniforme de la loi, sans égard aux lois et coutumes abrogées ou à des usages locaux qui pourraient s'établir, il est d'abord nécessaire que la justice soit rendue en première instance par des tribunaux disséminés sur toute l'étendue du Royaume, et placés chacun dans un district assez étendu, afin que les magistrats puissent être rétribués convenablement, et que chaque siège ait un nombre suffisant de causes, pour ne pas risquer de déconsidérer la magistrature par le défaut d'occupation et de pouvoir, et la pratique judiciaire par l'absence totale ou la composition trop mesquine du barreau; assez rapproché néanmoins de tous les points de la juridiction, pour que le déplacement indispensable aux procédures ne devienne un inconvénient, quelquefois insurmontable pour ceux qui sont dans la nécessité d'implorer l'aide et la protection du magistrat: le rétablissement des *County courts*, et un placement judicieux de ces tribunaux, une circonscription exacte et faite avec les égards dûs aux circonstances de la population, du commerce, de l'agriculture, de l'industrie manufacturière, des localités topographiques, en généraliserait l'utilité. Au-dessus de ces tribunaux de première instance, et dans des ressorts plus étendus, composés de plusieurs juridictions inférieures, également déterminés d'après les circonstances locales, devraient être placées des cours d'appel; et les cours d'assises rendues permanentes dans chaque *circuit* ou comté Palatin, multipliés ou réunis selon les besoins, suffiraient pour faire droit aux recours d'appel contre les jugemens rendus par les *county courts*.

La loi régulariserait les procédures tant en première instance qu'en appel, et règlerait l'application de la procédure par jurés en matière civile et criminelle conformément à cette organisation nouvelle. Les juges de paix demeureraient bornés à leurs fonctions actuelles de police judiciaire et administrative; placés en dehors du sistême judiciaire, ils redeviendraient ce qu'ils avaient été dans le principe, des magistrats de l'ordre administratif, conservateurs de la paix (*custodes pacis*).

A côté de ces tribunaux s'élèverait une magistrature presqu'entièrement nouvelle, dont les membres révocables à volonté et dépendans de l'autorité supérieure, n'auraient d'autre fonction que celle de veiller à l'observation et au maintien de la loi; qui poursuivrait le crime, sans que l'offensé ait besoin de veiller à cette poursuite, d'office et à charge de l'État; qui, devant les magistrats, serait l'homme du Prince et de la loi; qui serait le moyen de communication entre les juges et le gouvernement, et qui entretiendrait une correspondance active avec ses supérieurs. Le chef de cette magistrature serait un fonctionnaire élevé comme le Procureur Général (*Attorney General*), membre du conseil du cabinet et amovible à volonté, lequel, par des substituts auprès des cours d'appel, et des subsituts de second dégré près les tribunaux de première instance (*coroners*, *masters of the crown office* ou *kings attorneys*), ferait agir cette magistrature d'après une impulsion unique, et serait informé à tems de tout ce qui, soit dans l'intérêt de la poursuite des crimes, soit dans celui de l'uniformité de l'application des lois, soit dans des difficultés ré-

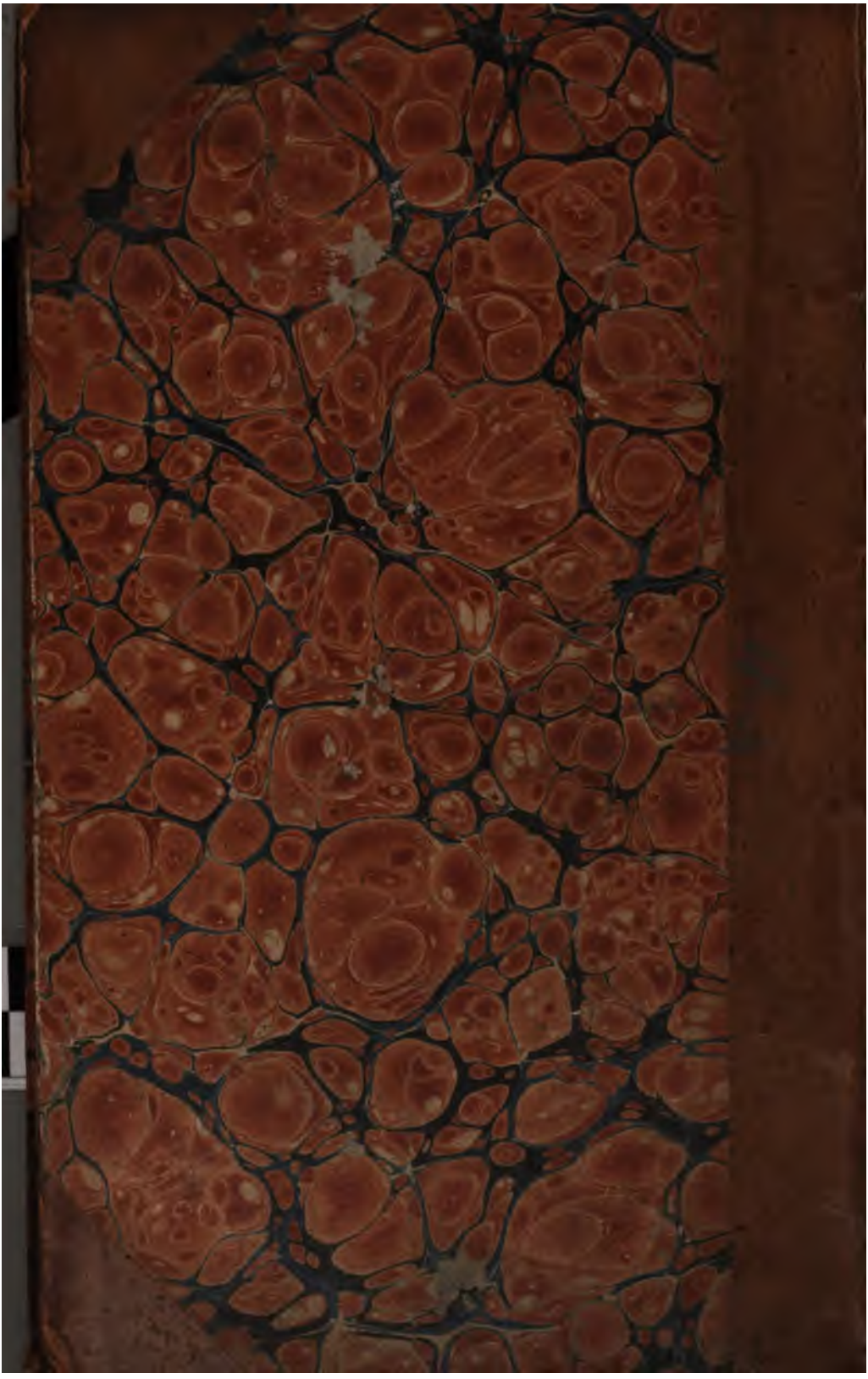
sultantes de la loi nouvelle, pourrait être considéré de quelque importance.

Par suite de l'introduction d'une législation nouvelle, la distinction entre les cours de droit et celles d'équité disparaîtrait, et tous les tribunaux sans distinction auraient à leur disposition les moyens de parvenir à la découverte de la vérité, qui jusqu'ici sont le partage exclusif de la juridiction équitable. Tous seraient tenus de motiver leurs jugemens, et d'énoncer les articles de la loi sur lesquels seraient basées leurs décisions: les condamnations pénales devraient même rappeler en entier le texte de la loi qui statue la peine, afin de prévenir dans la sentence des écarts de négligence ou de mauvaise volonté.

La cour des Pairs, ou, si ses occupations étaient trop variées et trop multipliées, une cour déléguée à cette fin, aurait la faculté de casser tous jugemens rendus en dernier ressort, qui auraient fait une fausse application de la loi, ou qui auraient violé les formes essentielles de la procédure, sur la demande des parties intéressées, ou même, après leur acquiescement, sur la dénonciation faite par le Procureur Général ou le Solliciteur Général: bien entendu, dans ce cas, que la cassation n'aurait lieu que dans l'intérêt seul de la loi, et sans préjudice aux droits acquis et acquiéscés par les parties. Cependant la chambre des Pairs ou la cour qu'elle aurait déléguée à cet effet, et qui, siègeant en permanence sans avocations importantes pour le bien-être de la nation, présenterait une faculté plus large de recours, bornerait son jugement sur le recours

en cassation (*writ of error*), à la seule déclaration motivée s'il y a erreur ou non, avec renvoi, si l'erreur est reconnue, devant un autre tribunal pour faire droit au fond, sauf nouveau recours s'il y aurait lieu. Enfin, si l'opposition entre les arrêts de la cour régulatrice et les tribunaux inférieurs continuait, et démontrait évidemment l'existence d'un défaut, d'une contrariété, d'une lacune ou d'une obscurité dans la loi; ou bien que ce défaut fût reconnu manifestement par la cour régulatrice d'une autre manière, la chambre des Pairs userait de son droit d'initiative, pour provoquer près des autres branches du pouvoir législatif le changement ou le supplément de la loi.

Le code une fois promulgué, il serait de rigueur qu'aucune clause d'un Bill postérieur ne fût jamais censée proclamer un principe ou une disposition de la législation générale, ou fixer le sens d'un terme ou d'une expression du code, à moins que le législateur n'en ait fait la disposition expresse; et que, dans les cas où il serait jugé convenable de faire quelque changement ou modification aux lois générales fesant partie du code, le législateur fît en même tems rédiger un sommaire de la disposition nouvelle, et fixât également l'article du code après lequel cette disposition serait insérée en forme *d'authentique*.

Il y a certainement encore beaucoup à faire pour exécuter sur ces données la codification en Angleterre, et l'expérience fera ressortir des difficultés non prévues, lesquelles cependant je crois que peut faire disparaître un esprit ferme, une connaissance de la matière, une expé-

rience suffisante, et surtout l'unité de volonté si une seule personne est chargée, moyennant l'assistance convenable, de ce travail; je ne prétends pas donner cette faible esquisse pour un projet de code, ou diminuer l'idée immense de la besogne à faire; trop heureux si j'aurais pu réussir à démontrer l'utilité et la possibilité d'un code écrit et positif pour l'Angleterre, et d'avoir suggéré quelques idées qui pourraient servir à son exécution et à son introduction.